a. ton. Cen
281 E

Schilling

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Lehrbuch

für

Institutionen und Geschichte

des

Römischen Privatrechts

von

D. Friedrich Adolph Schilling,

ordentlichem Professor des Römischen Rechts, Beysitzer der Juristen-Facultät und des Universitätsgerichts zu Leipzig, Domherrn zu Naumburg.

Zweiter Band,

die Institutionen in Verbindung mit der innern Rechtsgeschichte, und zwar den allgemeinen Theil und das Sachenrecht enthaltend.

Leipzig, 1837.

Verlag von Johann Ambrosius Barth.

283.D.

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Digitized by Google

Vorrede.

Das Lehrbuch über Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts, wovon gegenwärtig die zweite Lieferung erscheint, soll nach dem ihm vorgezeichneten Plane überhaupt aus drey Bänden bestehen. Der erste nämlich soll, nächst der bereits im Jahre 1834. an's Licht getretenen Einleitung, die äußere Rechtsgeschichte enthalten, der zweite und dritte dagegen die Institutionen in Verbindung mit der innern Rechtsgeschichte, und zwar so, daß der zweite Band den allgemeinen Theil und das Sachenrecht, der dritte aber das Obligationenrecht, das Personenrecht, das Erbrecht und eine historische Uebersicht des Civilprocesses umfassen soll. Daß ich nun gegenwärtig den zweiten Band vor Vollendung des ersten, also mit einstweiliger Uebergehung der äußern Rechtsgeschichte, herauszugeben mich entschlossen habe, hat zunächst seinen Grund in dem bey meinen historisch-dogmatischen Vorlesungen über das Römische Recht mir immer fühlbarer gewordenen Bedürfnisse eines die Institutionen in Verbindung mit der innern Rechtsgeschichte darstellenden Lehrbuches. Denn obwohl auch die äußere Rechtsgeschichte in den Kreis der Anfangsvorträge über das Röm. Recht gehört, und daher, wie bereits bemerkt worden, auch in das vorliegende Lehrbuch aufgenommen werden soll, so kann sie doch recht füglich auch der Gegenstand besonderer Vorträge seyn; während dagegen die innere Rechtsgeschichte, aus dem in der Einleitung §. 22. S. 43. angeführten Grunde, von der Dogmatik des Röm. Rechts sich nicht ohne Nachtheil für die eine wie für die andere Disciplin trennen läßt. Auch ist die Zweckmäßigkeit der Methode, die innere Rechtsgeschichte mit den Institutionen zu verbinden, jetzt auf deutschen Universitäten ziemlich allgemein

Digitized by Google

anerkannt; doch hat es bisher noch an einem ausgeführten Lehrbuche nach diesem Plane gefehlt. (Vgl. §. 66. der Einleit.) Gleichwohl muß das Bedürfniß desselben insbesondere denen als ein sehr dringendes erscheinen, welche mit mir die Ueberzeugung theilen, daß es aus verschiedenen Gründen höchst rathsam und wünschenswerth sey, bey academischen Vorträgen überhaupt ein ausgeführtes Lehrbuch zu Grunde zu legen. In dem Wunsche also, diese Lücke unserer juristischen Literatur sobald als möglich auszufüllen, wird sowohl das Erscheinen des zweiten Bandes meines Lehrbuchs vor Vollendung des ersten, als auch mein Entschluß, nun zunächst den dritten Band folgen zu lassen, und erst nachher die äußere Rechtsgeschichte zu bearbeiten, genügende Rechtfertigung finden.

Was nun die Art der Bearbeitung meines Lehrbuchs anlangt, so sehe ich voraus, daß mir von Vielen der Vorwurf gemacht werden wird: es sey, besonders in dogmatischer Hinsicht, für ein Institutionen-Lehrbuch viel zu ausführlich. Darüber bekenne ich nun im Voraus, nicht rechten zu wollen, da hierbey so viel auf individuelle Ansichten und den Gesichtspunct der dießfallsigen Beurtheilung ankommt. Betrachtet man nämlich die Institutionen-Vorträge und ein darauf bezügliches Lehrbuch blos als ein Vorbereitungsmittel für die leichtere und bessere Auffassung der Pandekten-Vorträge, so kann man freylich überaus wohlfeil wegkommen; für diesen blos vorübergehenden und leicht erreichbaren Zweck mag es genügend erscheinen, bey jeder Lehre nur die dahin einschlagenden Definitionen, Eintheilungen und ein paar Hauptgrundsätze anzugeben. Geht man dagegen, eingedenk des alten, obschon barbarisch ausgedrückten Sprüchworts: *bonus Institutionista, bonus Jurista*, von dem Gesichtspuncte aus, daß durch die Institutionen-Vorträge dem gesammten Studium des Röm. Rechts eine tüchtige und gediegene Grundlage, und eine ächt wissenschaftliche Richtung gegeben werden soll, und erwägt man, wie wenig dieß durch eine magere Skizze erreicht werden kann, so steigern sich dann auch die An-

Digitized by Google

forderungen an ein Institutionen-Lehrbuch sowohl in Ansehung seines Umfangs, als der Behandlungsart der einzelnen Lehren um ein Bedeutendes. Es wäre für Letzteres in der That ein trauriges Zeichen, wenn es so beschaffen wäre, daß es von den Studirenden von dem Moment an, wo sie die Pandekten-Vorträge zu hören beginnen, mit gutem Fug bey Seite gelegt, und für ihr ferneres Rechtsstudium als entbehrlich erachtet werden könnte. Ich wenigstens habe mir bey der Bearbeitung des vorliegenden Lehrbuchs das Ziel höher stecken zu müssen geglaubt. Dabey kann es nun nicht fehlen, daß hin und wieder, besonders in den Anmerkungen, Etwas vorkommt, das mehr für den Fortgang im Rechtsstudium, als für dessen Anfang, berechnet ist. Auch will ich gar nicht verkennen, daß einzelne Lehren wohl etwas mehr hätten in's Kurze gezogen werden können. Dahin rechne ich vornehmlich die Lehre vom Pfandrecht, deren Darstellung theils wegen der eigenthümlichen Schwierigkeiten derselben und der Menge dahin einschlagender Controversen, theils wegen der Reichhaltigkeit der neusten sie betreffenden Literatur umfangreicher geworden ist, als ich es erwartet hatte. Indessen hat auf der andern Seite die ausführlichere Behandlung einzelner Lehren auch den wesentlichen Vortheil für den mündlichen Vortrag, daß man sich, unbeschadet der Gründlichkeit, nicht so lange, als es im entgegengesetzten Falle nöthig wäre, dabey aufzuhalten braucht. Ueberhaupt aber habe ich nicht außer Acht gelassen, daß zwischen einem Institutionen- und einem Pandekten-Lehrbuche nicht blos darin, daß in jenem die historische, in diesem aber die practische Richtung vorherrschen muß, sondern auch in dem Maase der Ausführlichkeit und des Eingehens in Einzelheiten ein Unterschied zu beobachten sey. Daher habe ich z. B. Ausnahmen von einer Regel gewöhnlich nur angedeutet, minder wesentliche oder ganz specielle Puncte unberührt gelassen, und bin bey Controversen in die Aufzählung der verschiedenen Meinungen und ihrer Gründe verhältnißmäßig nur selten, und meistens nur da eingegangen, wo eine Streitfrage entweder wegen ihrer Beziehung auf die Grundbegriffe, Hauptstücke und Grundregeln

Digitized by Google

unſerer Wiſſenſchaft, oder wegen ihrer hiſtoriſchen Bedeutſamkeit mir gerade in ein Lehrbuch, wie das vorliegende iſt, zu gehören ſchien, (ſ. z. B. §. 1., §. 7. Note b), §. 10. N. e), die Erinnerung zum §. 19. — §. 28. Note o) und Zuſatz 1. u. 3., §. 29. Zuſ. 2., §. 32. N. x), §. 35. N. f) u. ff), §. 60. N. c) g) u. k), §. 104. N. i) s) u. u), §. 149. N. h) l) u. n), §. 151. N. g), §. 190. N. p), §. 198. N. b) u. d),) oder wo durch ihre Entſcheidung der richtige Geſichtspunct für eine Lehre, oder gar ihre Stellung im Syſtem bedingt iſt (z. B. §. 124. Note h), §. 177. Note s), §. 204. Note m — o)). Dagegen habe ich nicht nur die Grundbegriffe des Röm. Rechts und die verſchiedenen Bedeutungen juriſtiſcher Ausdrücke, ſondern auch diejenigen Lehren welche ſchon in den Inſtitutionen ihre eigentliche Begründung finden müſſen, und daher in den Pandekten-Vorträgen, wo nicht ganz übergangen, doch nur kurz berührt zu werden pflegen, z. B. die Lehre vom status oder caput, die allgemeine Lehre von den Klagen und Rechtsmitteln überhaupt u. dgl., mit der ihnen gebührenden, aber in den bisherigen Lehrbüchern noch nicht zu Theil gewordenen Ausführlichkeit zu entwickeln geſucht. Auch bin ich, da die Erfahrung lehrt, wie ſelten von Studirenden die citirten Quellenzeugniſſe nachgeſchlagen zu werden pflegen, gleichwohl es für ein gründliches Rechtsſtudium unerläßlich iſt, ſich ſchon frühzeitig mit der Sprache der Quellen bekannt zu machen, in der wörtlichen Anführung von Beweisſtellen nicht ſparſam geweſen, bey deren Auswahl mich hauptſächlich die Rückſicht auf ihre Wichtigkeit im Allgemeinen, oder auf ihre entſcheidende Kraft für den in Frage ſtehenden Punct geleitet hat. — Endlich muß ich, um dem oben berührten Vorwurf fernerweit zu begegnen, noch auf folgende Thatſachen aufmerkſam machen: Vor ungefähr 50. Jahren brauchte man nach der damaligen Studienweiſe, wie allen Leuten vom Fach bekannt iſt, für den Anfang des Röm. Rechtsſtudiums, auch abgeſehen von den Quellen ſelbſt, wenigſtens drey bis vier Bücher; für die Dogmatik der Inſtitutionen **Heineccii Elementa juris civilis**, und dazu wohl auch Höpfner's Commentar, für die äußere Rechtsgeſchichte **Bachii Historia jurispr. Rom.**, und für

die innere **Heineccii Antiquitat. Rom.** oder ein ähnliches Buch. Das gegenwärtige Lehrbuch ist dazu bestimmt, jene verschiedenen Richtungen des Rechtsstudiums zusammen zu umfassen, und die Ergebnisse derselben, soweit es in meinen Kräften steht, nach dem dermaligen, durch die im 19ten Jahrhunderte neu entdeckten Quellen, und die vielseitigen wissenschaftlichen Bestrebungen bedeutend erweiterten Standpunct unserer Wissenschaft darzustellen. Daß nun ein solches Buch, wenn es seine Aufgabe nur einigermaßen befriedigend lösen soll, nicht in allzuenge Grenzen eingezwängt werden dürfe, leuchtet von selbst ein. Ferner sind in unsern Zeiten mehrere Grundrisse oder tabellarische Uebersichten über Institutionen und Rechtsgeschichte mit mehr oder weniger Literatur, oder auch einer Chrestomathie von Beweisstellen erschienen, welche aus 24. und mehr Bogen bestehen. Hält man nun bey einem bloßen Grundrisse einen solchen Umfang für angemessen, wie mag man es bey einem ausgeführten Lehrbuche über dieselben Gegenstände tadelnswerth finden, wenn es auf einen verhältnißmäßig größern Umfang Anspruch macht? — Doch ich gehe vielleicht in der Befürchtung eines solchen Tadels zu weit, und erlaube mir daher nur noch zu bemerken, daß, da ich wohl fühle, wie verschieden die Ansichten sowohl über das rechte Maas der Ausführlichkeit eines Institutionen-Lehrbuchs, als auch über die Frage, ob es zweckmäßiger in lateinischer oder deutscher Sprache geschrieben werde? seyn können und wirklich sind, ich mir, um auch andern Ansichten, Bedürfnissen oder Wünschen Genüge zu leisten, vorgenommen habe, nach Vollendung des gegenwärtigen Lehrbuchs, dafern mir Gott Leben und Kraft erhält, noch ein anderes möglichst kurz gefaßtes Lehrbuch über Institutionen und Rechtsgeschichte in lateinischer Sprache zu schreiben.

Wie man nun auch über den Werth des vorliegenden Buches urtheilen möge, wenigstens wird man darin ein sorgfältiges Quellenstudium und genaue Berücksichtigung der juristischen Kunstsprache (vgl. §. 36. der Einleit.), so wie das Streben nach größtmöglicher Klarheit der Darstellung nicht

verkennen. Auch wird man manche neue Ansichten darin aufgestellt finden, unter denen ich nur Eine hervorhebe, weil mich selbst bey der Ausarbeitung des Buches die dießfallsige Entdeckung überrascht hat, nämlich die im §. 43. Note o) erwähnte Berechnung der Grade bey der affinitas. Daß aber bey der Menge der abgehandelten Gegenstände und bey der Größe der mit einem solchen literärischen Unternehmen verbundenen Schwierigkeiten nicht hin und wieder Irrthümer untergelaufen seyn sollten, bin ich weit entfernt zu glauben. Desto willkommener für künftige Berichtigungen werden mir belehrende Bemerkungen sachkundiger Männer seyn, mögen sie mir auf vertraulichem Wege oder in öffentlichen Beurtheilungen meines Buches mitgetheilt werden. Nur wünsche ich, daß, wer mich angreifen will, dieß nicht hinter dem Schild der Anonymität thue, sondern offen und ehrlich — ut inter bonos bene agier oportet.

Uebrigens kann ich dieses Vorwort nicht schließen, ohne noch vorher meinem Freunde, dem Herrn Doct. jur. Rob. Schneider für viele mir mitgetheilte, schätzbare Bemerkungen und überhaupt für das rege Interesse, wodurch er dem Fortgang dieses Buches förderlich geworden ist, öffentlich meinen verbindlichsten Dank zu sagen.

Leipzig den 15ten April 1837.

D. Friedrich Adolph Schilling.

Inhaltsanzeige.

Institutionen
und innere Geschichte des Römischen Privatrechts.

Vorerinnerungen. (S. 1—19.)
System des Röm. Privatrechts. (§. 1. u. 2.)
Beurtheilung des Institutionen-Systems. (§. 3.)
Uebersicht der in diesem Lehrbuche zu befolgenden Ordnung. (§. 4.)

Allgemeiner Theil.

Rechtsansicht der Römischen Juristen. (§. 5.)
Jus und justitia. (§. 6.)
} (S. 20—25.)

Erstes Buch.

Von dem Rechte im objectiven Sinne. (S. 26—84.)
Juris praecepta. (§. 7.)
Eintheilungen des Rechts. (S. 27—55.)
I. Publicum u. privatum jus. (§. 8.)
II. Jus naturale, gentium u. civile. (§. 9.)
III. Scriptum u. non scriptum jus. (§. 10.)
Einzelne Arten des **scriptum jus.** (§. 11.)
Non scriptum jus. (§. 12.)
IV. Jus commune u. singulare. (§. 13.)
V. Generale u. speciale jus. (§. 14.)
Verschiedenheit der Gesetze nach ihrem Inhalt und ihrer Wirksamkeit. (§. 15.)
Bedingung und Dauer der Wirksamkeit eines Gesetzes. (§. 16.)
Verhältniß mehrerer sich widersprechender Rechtsnormen zu einander. (S. 61—72.)
A) Im Allgemeinen. (§. 17.)
B) In besonderer Anwendung auf das Justinianische Recht u. dessen einzelne Theile u. Stellen. (§. 18. u. 19.)
Interpretation der Gesetze. (§. 20. u. 21.)
Rechtsunkunde oder Rechtsirrthum. (§. 22.)

Zweites Buch.

Von dem Rechte im subjectiven Sinne. (S. 85—443.)
Vorerinnerung. (§. 23.)
Erster Abschnitt. Von den Personen. (S. 85—208.)
Begriff u. oberste Eintheilung der Personen. (§. 24.)
Erstes Capitel. Von den physischen Personen. (S. 87—198.)
Von der Rechtsfähigkeit überhaupt. (§. 25.)
Von der bürgerlichen Rechtsfähigkeit insbesondere — Begriff von **status** u. **caput** und dreyfache Hauptbeziehung desselben. (§. 26.)
1) Status libertatis. (§. 27.)
2) Status civitatis*. (§. 28.)
3) Status familiae*. (§. 29.)
Gegenseitiges Verhältniß der drey **status.** (§. 30.)
Unterschied zwischen denen, welche **sui juris**, und denen, welche **alieni juris** sind. (§. 31.)
Capitis minutio. (§. 32.)
Andere Verschiedenheiten der Menschen. A) Uebersicht der Gründe, worauf sie beruhen. (§. 33.)
B) Specielle Erörterung jener Verschiedenheiten:
1) Nach dem Geschlechte. (§. 34.)
2) Nach dem Alter. (§. 35.)

3) Nach dem Gesundheitszustand. (§. 36.)
4) Nach der bürgerlichen Ehre u. den verschiedenen Arten ihrer Schmälerung. (§. 37.)
5) Nach Stand u. Gewerbe. (§. 38.)
6) Nach der Verwandtschaft. —
AA) Begriff und Arten derselben. (§. 39.)
BB) Linea. — Gradus. (§. 40.)
CC) Vollbürtige u. halbbürtige Seitenverwandtschaft. — Einfache u. mehrfache Verwandtschaft überhaupt. (§. 41.)
DD) Unterschied zwischen Agnaten u. Cognaten. (§. 42.)
7) Nach der Schwägerschaft. (§. 43.)
8) Nach dem Wohnorte. (§. 44.)
9) Nach dem Religionsbekenntnisse. (§. 45.)

Zweites Capitel. Von den juristischen Personen. (S. 198—208.)
A) Allgemeine Bemerkungen über die juristischen Personen. (§. 46.)
B) Einzelne besonders hervorzuhebende Arten derselben:
1) Gemeinheiten oder Corporationen. (§. 47.)
2) Fiscus. (§. 48.)
3) Piae causae. (§. 49.)

Zweiter Abschnitt. Von den Sachen. (S. 208—245.)
Bedeutungen von res, pecunia, bona, patrimonium u. peculium. (§. 50.)
Verschiedenheiten der Sachen.
A) Res in nostro patrimonio u. extra nostrum patrimonium. (§. 51.)
Hauptsächliche Arten der dem bürgerlichen Verkehr entzogenen Sachen.
1) Res divini juris:
α) Sacrae res. (§. 52.)
β) Religiosae res. (§. 53.)
γ) Sanctae res. (§. 54.)
2) Communia omnium. (§. 55.)
3) Publicae u. universitatis res. (§. 56.)
B) Quae nullius sunt. — Res pro derelicto habitae. — Res futurae. (§. 57.)
C) Res corporales u. incorporales. (§. 58.)
D) Res mobiles u. immobiles. (§. 59.)
E) Mancipi u. nec mancipi res. (§. 60.)
F) Species, genus. — Vertretbare u. verbrauchbare Sachen. (§. 61.)
G) Einzelne Sachen u. Gesammtheiten von Sachen. (§. 62.)
H) Theilbare u. untheilbare Sachen. (§. 63.)
I) Hauptsachen u. Nebensachen. (§. 64.)
1) Causa rei.
α. Accessio. (§. 65.)
β. Fructus. (§. 66.)
2) Impensae. (§. 67.)

Dritter Abschnitt. Von Handlungen überhaupt und von Rechtsgeschäften insbesondere. (S. 245—292.)
Begriff von Thatsache u. Handlung. Arten derselben. (§. 68.)
Von den Rechtsgeschäften. Begriff und Arten derselben. (§. 69.)
Form der Rechtsgeschäfte. (§. 70.)
Eigenschaften oder Bestandtheile der Rechtsgeschäfte. (§. 71.)
Allgemeine wesentliche Erfordernisse der Rechtsgeschäfte:
A) In Ansehung ihres Verhältnisses zu den Gesetzen. (§. 72.)
B) In Ansehung der Personen. (§. 73.)
C) In Ansehung des Gegenstandes. (§. 74.)
D) In Ansehung der Willensbestimmung u. Willenserklärung. (§. 75.)
Hindernisse der freyen Willensbestimmung. (§. 76.)
1) Zwang u. Furcht. (§. 77.)

2) Betrug. (§. 78.)
3) Irrthum und Unwiſſenheit. (§. 79.)
Von den übrigen Beſtandtheilen oder Eigenſchaften der Rechtsgeſchäfte, außer den allgemeinen weſentlichen Erforderniſſen derſelben. (§. 80.)
Hauptſächlichſte Beyſpiele der Nebenbeſtimmungen bey Rechtsgeſchäften:
1) **Conditio** (§. 81.)
2) **Dies.** (§. 82.)
3) **Modus.** (§. 83.)
Ungültigkeit der Rechtsgeſchäfte. (§. 84.)
Interpretation der Rechtsgeſchäfte. (§. 85.)
Probatio — Praesumtio — Fictio. (§. 86.)
Beweismittel: 1) Zeugen. 2) Urkunden. (§. 87.) 3) Eid. (§. 88.)
Vierter Abſchnitt. Von der Natur der Rechte überhaupt, ihrer Erwerbung, Erhaltung u. ihrem Verluſte. (S. 292—327.)
Verſchiedenheit der Rechte:
A) In Anſehung ihres Gegenſtandes und ihrer Richtung. (§. 89.)
B) In Anſehung ihres Inhalts u. ihres Verhältniſſes theils unter einander, theils zu den Rechtsquellen. (§. 90.)
Allgemeine Regeln über die Ausübung der Rechte. (§. 91.)
Concurrenz u. Colliſion der Rechte. (§. 92.)
Erwerb der Rechte (§. 93.)
Rechtserwerb durch Andere. (§. 94.)
Erhaltung und Sicherung der Rechte. (§. 95.)
Erlöſchung der Rechte. —
1) Freywillige Erlöſchungsgründe. (§. 96.)
2) Nothwendige Erlöſchungsgründe. (§. 97.)
Von der Verjährung, als einem Erwerbs- und Erlöſchungsgrunde der Rechte, im Allgemeinen. (§. 98.)
Von Zeitfriſten und ihrer Berechnung. (§. 99.)
Fünfter Abſchnitt. Von den Mitteln, die Rechte gerichtlich geltend zu machen u. zu verfolgen. (S. 327 — 443.)
Unzuläſſigkeit u. Strafe der Selbſthülfe. — Ausnahmen davon. (§. 100.)
Ueberſicht der verſchiedenen Arten der Rechtsmittel. (§. 101.)
I) **Actio.** — Begriff u. Natur derſelben. (§. 102.)
Verſchiedenheiten der Klagen:
A) Nach ihrem Urſprunge u. ihrem Verhältniſſe zu den Rechtsquellen. (§. 103.)
B) Nach dem zum Grunde liegenden Rechte u. der dadurch beſtimmten Richtung der Klagen. (§. 104.)
C) Nach dem Zweck der Verfolgung. (§. 105.)
D) Nach dem Umfang der in Anſpruch genommenen Objecte. (§. 106.)
E) Nach der Befähigung zu klagen. (§. 107.)
F) Nach dem gegenſeitigen Verhältniſſe der Partheyen. (§. 108.)
G) Nach der gerichtlichen Behandlung. (§. 109.)
H) Nach den Klagformeln. (§. 110.)
I) Nach der Form des gerichtlichen Verfahrens, u. nach den bey dem Rechtsſtreite vorkommenden Perſonen. (§. 111.)
K) Nach der Dauer des Klagerechts. (§. 112.)
Concurrenz der Klagen. (§. 113.)
Uebergang der Klagen auf u. gegen die Erben. (§. 114.)
Von dem Erlöſchen der Klagen überhaupt, u. der Verjährung derſelben insbeſondere. (§. 115.)
Grundſätze von der Klagenverjährung. (§. 116.)
II) **Exceptio oder praescriptio.**
A) Begriff, Natur, Zweck u. Form derſelben. (§. 117.)
B) Verſchiedenheiten der Exceptionen. (§. 118.)

C) Dauer u. Verluſt der Exceptionen. (§. 119.)
III) Replicatio, duplicatio, triplicatio. (§. 120.)
Litis contestatio u. Urtheil. (§. 121.)
Beſondere Arten der Rechtsmittel:
I) Interdicta. A) Begriff u. Weſen derſelben. (§. 122.)
B) Eintheilung der Interdicte. (§. 123.)
II) In integrum restitutio.
A) Begriff, Urſprung u. Erforderniſſe derſelben. (§. 124.)
B) Verfahren bey der Reſtitution u. Dauer derſelben. (§. 125.)
C) Subjecte und Wirkung der Reſtitution. (§. 126.)
D) Einzelne hier zu erörternde Fälle der prätoriſchen Reſtitution:
1) Wegen Zwangs u. Furcht. (§. 127.)
2) Wegen Argliſt. (§. 128.)
3) Wegen Minderjährigkeit. (§. 129.)
4) Wegen Irrthums. (§. 130.)
5) Wegen Abweſenheit oder ähnlicher Hinderniſſe der Rechtsverfolgung, u. aus der generellen Clauſel. (131.)

Beſonderer Theil.

Erſtes Buch. Sachenrecht. (S. 444 — 751.)
Ueberſicht der dinglichen Rechte. (§. 132.)
Erſter Abſchnitt. Vom Beſitze. (S. 447 — 487.)
Begriff und Natur des Beſitzes. (§. 133.)
Wirkungen des juriſtiſchen Beſitzes. — Hiſtoriſche Entſtehung deſſelben. (§. 134.)
Bezeichnung der verſchiedenen Arten des Beſitzes hinſichtlich der Wirkungen. (§. 135.)
Andere Eintheilungen des Beſitzes. (§. 136.)
Quasi possessio. (§. 137.)
Subjecte u. Objecte des Beſitzes. (§. 138.)
Vom Erwerbe des Beſitzes: A) Im Allgemeinen. (§. 139.)
B) Nähere Beſtimmungen über die Erforderniſſe zum Beſitzerwerb. (§. 140.)
Erhaltung u. Verluſt des Beſitzes. (§. 141.)
Erwerb u. Verluſt der Quasi possessio. (§. 142.)
Von den poſſeſſoriſchen Rechtsmitteln:
1) Retinendae possessionis interdicta. (§. 143.)
2) Recuperandae possessionis interdicta. (§. 144.)
Zweiter Abſchnitt. Vom Eigenthume. (S. 487 — 590.)
Erſtes Capitel. Von der Natur u. den verſchiedenen Arten des Eigenthums. (S. 487 — 501.)
Begriff u. Natur des Eigenthums überhaupt. (§. 145.)
Doppelte Art des Eigenthums im Vorjuſtinianiſchen Rechte. (§. 146.)
Verſchiedene Eintheilungen des Eigenthums. (§. 147.)
Miteigenthum. (§. 148.)
Geſetzliche Beſchränkungen des Eigenthums. (§. 149.)
Zweites Capitel. Von der Erwerbung u. dem Verluſte des Eigenthums. (S. 501 — 580.)
Erforderniſſe des Eigenthumserwerbs. (§. 150.)
Eintheilungen der Erwerbungsarten des Eigenthums. (§. 151.)
Ueberſicht der verſchiedenen Erwerbungsarten des Eigenthums. (§. 152.)
A) Blos dem ältern Röm. Rechte angehörige Erwerbungsarten des Eigenthums:
1) Mancipatio. (§. 153.)
2) In jure cessio. (§. 154.)
3) Sub corona emere. 4) Sectio. (§. 155.)

B) Auch noch im Juſtinianiſchen Rechte vorkommende Erwerbungsarten des Eigenthums. —
AA) Naturrechtliche:
1) Sog. **Occupatio.** (§. 156.)
2) ſog. **accessio.** (§. 157. u. 158.)
3) **Specificatio** *. (§. 159.)
4) **Commixtio** *. (§. 160.)
5) **Confusio.** (§. 160.)
6) Erwerb der Früchte einer fremden Sache. (§. 161.)
7) **Traditio.** (§. 162.)
BB) Civilrechtliche Erwerbungsarten des Eigenthums:
1) Erſitzung. — Begriff, Natur u. hiſtoriſche Entwickelung derſelben. (§. 163.)
Allgemeine Erforderniſſe jeder Erſitzung. (§. 164.)
Ordentliche Erſitzung:
α) Dauer derſelben. (§. 165.)
β) Beſondere Erforderniſſe derſelben:
αα) Eine dieſer Art der Erſitzung fähige Sache. (§. 166.)
ββ) **Justus titulus.** (§. 167.)
Außerordentliche Erſitzung. (§. 168.)
Von einigen blos dem ältern Rechte angehörigen Arten der Erſitzung: α) **Usucapio pro herede.** β) **Usureceptio.** (§. 169.)
2) **Adjudicatio.** (§. 170.)
3) Unmittelbarer Eigenthumserwerb vermöge einer **lex.** (§. 171.)
Eigenthumserwerb durch andere Perſonen. (§. 172.)
Vom Verluſt des Eigenthums. (§. 173.)
Drittes Capitel. Von den aus dem wahren oder vermeintlichen Eigenthumsrechte entſpringenden Klagen. (S 581—590.)
Ueberſicht der hierher gehörigen Klagen. (§. 174.)
Rei vindicatio. (§. 175.)
Publiciana in rem actio. (§. 176.)
Dritter Abſchnitt. Von der *Emphyteusis.* (S. 591 — 600.)
Begriff u. hiſtoriſche Entwickelung der **emphyteusis.** (§. 177.)
Rechte des Emphyteuta. (§. 178.)
Pflichten des Emphyteuta u. Rechte des Eigenthümers. (§. 179.)
Entſtehung u. Erlöſchung der Emphyteuſis. (§. 180.)
Vierter Abſchnitt. Von der *Superficies.* (S. 601 — 606.)
Begriff u. Urſprung der **superficies.** (§. 181.)
Rechte u. Pflichten des Superficiars. (§. 182.)
Entſtehung u. Erlöſchung der **superficies.** (§. 183.)
Fünfter Abſchnitt. Von den Servituten. (S. 607 — 674.)
Erſtes Capitel. Von der Natur u. den verſchiedenen Arten der Servituten. (S. 607 — 619.)
Begriff u. Weſen der **servitus.** (§. 184.)
Verſchiedene Arten der Servituten. (§. 185.)
Allgemeine Grundſätze von den Servituten. (§. 186.)
Beſondere Grundſätze von den Prädialſervituten. (§. 187.)
Zweites Capitel. Von den einzelnen Beyſpielen der Servituten. (S. 619 — 647.)
Allgemeine Bemerkungen hierüber. (§. 188.)
A) Prädialſervituten:
1) **Servitutes praediorum rusticorum.** (§. 189.)
2) **Servitutes praediorum urbanorum.** (§. 190.)
B) Perſönliche Servituten:
1) **Ususfructus.**
α) Begriff, Gegenſtände u. Arten deſſelben. (§. 191.)

β) Rechte u. Pflichten des Usufructuars bey dem eigentlichen usus-fructus. (§. 192.)
γ) Quasi ususfructus. (§. 193.)
2) Usus. (§. 194.)
3) Habitatio. (§. 195.)
4) Operae servi et animalis. (§. 196.)
Drittes Capitel. Von der Entstehung und Aufhebung der Servituten. (S. 647 — 666.)
Von der Fähigkeit, eine Servitut zu bestellen u. zu erwerben. (§. 197.)
Entstehungsarten der Servituten. (§. 198.)
Von der Ersitzung der Servituten insbesondere. (§. 199.)
Erlöschungsgründe der Servituten. (§. 200.)
Von der aufhebenden Verjährung der Servituten insbesondere. (§. 201.)
Viertes Capitel. Von den auf Servituten sich beziehenden Rechtsmitteln. (S. 666 — 674.)
A) Petitorische Klagen. (§. 202.)
B) Possessorische Rechtsmittel. (§. 203.)
Sechster Abschnitt. Vom Pfandrechte. (S. 675 — 751.)
Erstes Capitel. Von der Natur des Pfandrechts überhaupt. (S. 675 — 691.)
Begriff, Arten u. allgemeine Charakteristik des Pfandrechts. (§. 204.)
Von den Forderungen u. Verbindlichkeiten, für welche das Pfand haftet. (§. 205.)
Gegenstände des Pfandrechts. (§. 206.)
Aeußerer Umfang des Pfandrechts. (§. 207.)
Zweites Capitel. Von der Entstehung des Pfandrechts. (S. 691 — 712.)
Uebersicht der Entstehungsgründe des Pfandrechts. (§. 208.)
A) Freywilliges Pfandrecht.
α) Arten der Bestellung u. historische Erörterung desselben. (§. 209.)
β) Fähigkeit zur Bestellung u. Erwerbung eines freywilligen Pfandrechts, u. Anfangspunct desselben. (§. 210.)
B) Nothwendiges Pfandrecht:
α) Vermöge obrigkeitlicher Verfügung. (§. 211.)
β) Unmittelbar nach Rechtsbestimmungen:
αα) Specielle stillschweigende Hypotheken. (§. 212.)
ββ) Generelle stillschweigende Hypotheken. (§. 213.).
Drittes Capitel. Von den Wirkungen des Pfandrechts. (S. 713 — 745.)
Rechte des Verpfänders oder Pfandschuldners. (§. 214.)
Rechte des Pfandgläubigers. (§. 215. u. 216.)
Vom Verkaufe des Pfandes insbesondere. (§. 217.)
Klagen aus dem Pfandrechte:
A) Petitorische. (§. 218.)
B) Possessorische. (§. 219.)
Von der Concurrenz mehrerer Pfandgläubiger und der unter ihnen eintretenden Priorität:
A) Im Allgemeinen. (§. 220.)
B) Von den privilegirten Pfandgläubigern insbesondere. (§. 221.)
Jus offerendae pecuniae. (§. 222.)
Viertes Capitel. Von der Aufhebung des Pfandrechts. (S. 746 — 751.)
Erlöschungsgründe des Pfandrechts:
A) Allgemeinere. (§. 223.)
B) Besondere. (§. 224.)

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MÜNCHEN

Institutionen

und innere Geschichte des Römischen Privatrechts.

Vorerinnerungen.

§. 1.

System des Römischen Privatrechts.

Das in den Institutionen von Gajus und nach deren Muster in Justinian's Institutionen [a]) befolgte System des Römischen Privatrechts beruht auf der Unterscheidung der drey Hauptgegenstände der Rechtslehre, welche in mehrern Stellen unserer Quellen [b]) mit folgenden Worten angegeben werden: „Omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.“ Hiernach zerfällt jenes System in drey Haupttheile, nämlich: die Lehre von den Personen (jus personarum [c])), die von den Sachen (jus rerum *), und die von den Klagen oder den Rechtsmitteln überhaupt (jus actionum *). Da nun aber in jenen Stellen die obligationes (Forderungsrechte) unter den Gegenständen der Rechtslehre nicht mit genannt sind, so ist man in Ansehung der Frage, in welchen Theil des Privatrechts die Lehre von den Forderungsrechten (jus obligationum *) nach der Ansicht der Römischen Juristen gehöre, nicht einerley Meinung. In der Glosse von Accursius werden sie zum dritten Theile, also zum sog. jus actionum gerechnet, weil die obligatio die Mutter der actio sey [d]). Seit dem sechszehnten Jahrhunderte aber, und besonders im siebzehnten und achtzehnten, wurde, wenn auch nicht ausschließlich, die Meinung herrschend, die Lehre von den Obligationen gehöre zum sog. jus rerum [e]); denn die Sachen, woran oder worauf man ein Recht haben könne, seyen entweder körperliche oder unkörperliche, und zu den Letztern seyen offenbar auch die Obligationen zu rechnen [f]). Eine dritte Meinung (von Vul-

tejus), welche die Obligationen zum jus personarum gerechnet wissen will, hat bey ihrer augenfälligen Grundlosigkeit wenig Anklang gefunden [k]). Dagegen hat im gegenwärtigen Jahrhunderte, hauptsächlich unter dem Einfluß von Hugo's Schriften [h]), wiederum jene älteste Meinung viele Anhänger [i]) gewonnen. Diese Meinung wird nun zwar nicht blos durch den Causalzusammenhang zwischen obligatio und actio (im engern Sinne) [k]) und die innere Verwandtschaft beyder Begriffe [l]) unterstützt, sondern hat auch die allerdings gewichtige Auctorität von Theophilus [m]) für sich [n]). Dennoch aber sind für die Meinung, daß die Obligationen in den zweiten Theil des Institutionen-Systems gehören [o]), auch abgesehen davon, daß sie in einer vom Plane der Darstellung handelnden Stelle der Justinianischen Institutionen mit dem Erbrechte (nicht aber den Actionen,) zusammengestellt werden [p]), hauptsächlich folgende Gründe entscheidend: 1) daß die Unterscheidung der drey Begriffe: Rechtssubjecte (personae), Rechtsobjecte (res, sie mögen Gegenstände von Obligationen oder von andern Rechten seyn,) und Schutzmittel der Rechte (actiones) [q]), schon in der Rechtsphilosophie nothwendig begründet ist, und daher auch für die Anordnung eines Rechts-Systems nach den Hauptbegriffen der Wissenschaft das natürlichste Eintheilungsprincip darbietet; 2) daß der Begriff actio im weitern Sinne, wie er der Lehre von den Actionen in beyden Institutionen zum Grunde liegt, nicht blos die (aus Obligationen entspringenden) in personam actiones, sondern auch die in rem actiones bezeichnet [r]), ja im weitesten hieher gehörigen Sinne alle Rechtsmittel umfaßt [s]); 3) daß diese Lehre in beyden Institutionen sich nicht blos auf die Darstellung der Klagrechte beschränkt, sondern auch den Proceßgang oder das gerichtliche Verfahren, wenigstens zum Theil, erörtert [t]); 4) daß in Gajus Institutionen die Lehre von den Actionen ein neues Buch, nämlich das vierte, eröffnet und ausfüllt, während dagegen die Lehre von den Obligationen im dritten Buche an die noch in demselben vorgetragenen Erwerbungsarten eines ganzen Vermögens sich unmittelbar anschließt, und mit dem Ende dieses Buches aufhört [u]). — Nach dieser Ansicht muß man also den Ausdruck jus rerum, wenn man ihn zur Bezeichnung des zweiten

Theiles vom Institutionen-System beybehalten will, im weitern Sinne nehmen für die Lehre von Vermögensrechten [v]) überhaupt, es mögen nun absolute oder relative Vermögensrechte, d. h. dingliche oder Forderungs-Rechte seyn [x]).

a) Diese schließen sich nämlich, wenigstens in der Hauptsache, d. h. mit Ausnahme einzelner Abweichungen, Weglassungen und Zusätze, an die Ordnung von Gajus Institutionen an. Dasselbe gilt auch von Ulpian's Fragmenten, soweit sich bey der Mangelhaftigkeit dieser Ueberreste die ihnen zum Grunde liegende Ordnung übersehen läßt.

b) Gajus I. §. 8. — §. 12. I. de jure natur. gent. et civ. (I. 2.) l. 1. D. de statu hom. (I. 5.)

c) Dieser Ausdruck findet sich mehrmals in unsern Quellen (freylich aber immer nur in der Zusammensetzung: „de jure personarum,“) namentlich bey Gajus I. §. 9. u. 48. II. §. 1. (nach der unzweifelhaften Restitution dieser Stelle), in der Westgothischen Epitome von Gajus I. 3. in der Ueberschrift, u. II. 1. pr., ferner in Justinian's Institutionen I. 3. in der Ueberschrift u. im pr., desgl. pr. I. de his, qui sui vel alieni jur. sunt. (I. 8.) pr. I. de rer. divis. (II. 1.), so wie auch in der l. 3. D. de statu hom. (I. 5.) u. l. 1. pr. D. de his, qui sui vel al. jur. s. (I. 6.) [beyde Stellen aus Gajus Institutionen.]

d) Vgl. die Glosse beym Anfange des Institutionen-Titels de obligationibus.

e) Eine Menge von Anhängern dieser Meinung, jedoch erst von Vinnius an, zählt Hugo auf im Civil. Magazin B. 4. S. 2. ff. — Vorgänger von Vinnius in dieser Meinung erwähnt er in dems. Werke B. 6. S. 311.

f) §. 2. I. de reb. incorp. (II. 2.) u. l. 1. §. 1. D. de divis. rer. (I. 8.)

g) Schon Vinnius hat sie widerlegt in seinem Institutionen-Commentar beym Anfange des Titels de obligationibus.

h) Außer den gelegentlichen Aeußerungen hierüber in seinen Lehrbüchern gehören hieher vornehmlich mehrere Aufsätze von ihm im Civil. Magazin, nämlich B. 4. Nr. I. S. 1 — 50. B. 5. Nr. XV. S. 385 — 431. u. B. 6. Nr. XV. S. 283 — 326.

i) Manche derselben, z. B. Haubold in Institut. jur. Rom. priv. historico-dogmat. Linearn. §. 12. u. 319. (ed. II.) brauchen für den dritten Theil des Institutionen-Systems die Bezeichnung: jus obligationum et actionum.

k) Wie sich schon aus den Titelrubriken: „de obligationibus et actionibus“ in den Digesten (XLIV. 7.) und im Codex (IV. 10.) ergiebt. Vgl. auch l. 28. D. eod. u. l. 178. §. 2. D. de verb. signif. (L. 16.) „Actionis verbum et speciale est, et generale; nam omnis actio dicitur, sive in personam, sive in rem sit petitio; sed plerumque actiones personales solemus dicere. . . .“

l) Vgl. Hugo im angef. Werke B. 4. S. 20. ff. B. 5. S. 405. ff. und Mühlenbruch's Lehre von der Ceſſion der Forderungsrechte, §. 2. S. 16—20. (der 3ten Ausg.)

m) III. 13. pr. „ὁ γὰρ περὶ ἐνοχῶν διαλεγόμενος, ῥήμα καὶ περὶ ἀγωγῶν διαλέγεται. Μητέρες γὰρ τῶν ἀγωγῶν αἱ ἐνοχαί.“ (nam qui de obligationibus disserit, tacite et de actionibus disserit, matres enim actionum sunt obligationes.) Vgl. auch IV. 6. pr.

n) Noch andere, jedoch minder erhebliche, zum Theil auch falſche Gründe (ſ. Note t) und §. 3. Note n)) zählt Hugo auf im Civil. Magaz. B. 5. S. 408. ff. u. B. 6. S. 330. ff.

o) Zu den Vertheidigern dieſer Meinung gehören unter den Juriſten der neueſten Zeit z. B. Thibaut in den Verſuchen über einzelne Theile der Theorie des Rechts, B. 2. Nr. 1. S. 5—9. u. S. 21. ff. und in Deſſen Syſtem des Pandekten-Rechts §. 6. (der 8ten Ausg.), Schweppe in der Röm. Rechtsgeſchichte §. 90. u. 124., Burchardi in den Grundzügen des Rechtsſyſtems der Römer ꝛc. (Bonn, 1822.) §. 2. (S. 7—10.) und §. 41., Hefftter im Observat. lib. zu ſeiner Ausg. des vierten Buches von Gajus c. 1. p. 3—6., Weiß, Ueber die Stellung der Lehre von den Obligationen im heutigen Röm. Rechte, (Gießen, 1828.) und Unger De duorum praecipuorum jurisprudentiae apud veteres systematum tam indole quam origine. (Hannov. 1834.)

p) §. 6. I. de usu et habitat. (II. 5.) „de hereditate autem et obligationibus suis locis proponemus.“

q) Die Jemandem zuſtändigen Klagen ſind freylich als Rechte zu betrachten, wie auch ſchon in der Legaldefinition von actio in der l. 51. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) und im pr. I. de action. (IV. 6.) ausgedrückt wird, und werden daher auch zum Vermögen (bona oder mea et tua) gerechnet. l. 3. pr. D. de bon. possess. (XXXVII. 1.) l. 49. u. 91. D. de verb. signif. (L. 16.) Inſofern ſie aber als Mittel zur gerichtlichen Verfolgung der Rechte gedacht werden, und das dabey eintretende Verfahren in Betracht kommt, ſind ſie doch von den Rechten ſelbſt, welche dadurch geſchützt oder geltend gemacht werden ſollen, zu unterſcheiden; und aus dieſer Rückſicht iſt es auch zu erklären, daß ſie unter den Beyſpielen der res incorporales in den oben (Note f) angeführten Stellen nicht mit aufgezählt werden.

r) S. die letzte Stelle in der Note k) und l. 25. pr. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) ferner Gajus IV. §. 1. „. . . . genera actionum . . . duo esse: in rem et in personam.“ u. §. 1. I. de action. (IV. 6.) „Omnium actionum . . . . summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam.“ — Auch Theophilus nimmt in der Lehre von den Actionen IV. 6. §. 1. den Begriff ἀγωγὴ (actio) im weitern Sinne. „*Τῶν δὲ ἀγωγῶν. . . . ἡ ἄκρα διαίρεσις εἰς δύο γένη ταῦτα κατάγεται· τῶν γὰρ ἀγωγῶν αἱ μέν εἰσιν* in rem, *αἱ δὲ περσονάλιαι. . .*“ (Porro actionum . . . . summa divisio in duo haec genera deducitur: namque actionum

aliae in rem sunt, aliae in personam). Darauf folgt im §. 2—7. deſſelben Titels, eben ſo wie im Originaltexte der Inſtitutionen, die Erörterung einzelner Arten der in rem actiones. Vergleicht man nun damit ſeine obige Bemerkung (ſ. Note m)), ſo fällt die Inconſequenz ſeines Verfahrens in die Augen.

s) l. 37. pr. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) „Actionis verbo continetur in rem, in personam, directa, utilis, praejudicium, . . . stipulationes etiam, quae praetoriae sunt, quia actionum instar obtinent. . . . Interdicta quoque actionis verbo continentur.“ u. l. 1. D. de exceptiou. (XLIV. 1.) „Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est.“ Daraus erklärt es ſich, warum in der Lehre von den Actionen in beyden Inſtitutionen und bey Theophilus auch von Exceptionen, Replicationen und Interdicten gehandelt wird. Vgl. Gajus IV. §. 116—129. u. §. 138—170. und Inst. Just. u. Theoph. IV. t. 13—15.

t) Dieß iſt bey Gajus noch mehr der Fall, (z. B. in der Beſchreibung der legis actiones, der formulae, des Interdictenverfahrens u. dgl.) als in Juſtinian's Inſtitutionen. Aus den Letztern gehören hieher der 10. 11. 16. u. 17te Titel des vierten Buches, u. das Nämliche gilt auch von Theophilus. Freylich vermißt man dabey viele wichtige Punkte des Proceſſes; aber darum läßt ſich doch nicht mit Hugo im Civil. Mag. B. 6. S. 339. behaupten, daß der Proceß nicht im dritten Theile des Inſtitutionen-Syſtems abgehandelt werde. Auch in den andern Theilen dieſes Syſtems fehlt ja gar Vieles, was zur Vollſtändigkeit der Ueberſicht gehört. (Vgl. §. 3.)

u) Dieſer Grund iſt freylich zunächſt nur für die von Gajus bey ſeinem Syſtem befolgte Anſicht, worin er ohne Zweifel auch Vorgänger hatte, entſcheidend, da in Juſtinian's Inſtitutionen und bey Theophilus die Lehre von den Obligationen noch in das vierte Buch hinüber reicht; doch läßt ſich für dieſe Abweichung von Gajus ein völlig befriedigender Grund angeben. (Vgl. §. 2.) — Das Höchſte aber, was man aus dieſer Abweichung und aus der oben angeführten Aeußerung von Theophilus (Note m)) folgern könnte, wäre: daß die Verfaſſer der Juſtinianiſchen Inſtitutionen oder wenigſtens Theophilus die von Gajus und ſeinen Vorgängern bey dem Inſtitutionen-Syſtem befolgte Anſicht nicht richtig aufgefaßt hätten.

v) Zwar meint Du Roi im Archiv für die Civil-Praxis B. 6. S. 438., daß bey dem zweiten Theile des Röm. Privatrechts auf den Begriff „Vermögen“ Nichts ankomme, denn im Abſchnitte de rebus werde unter den res incorporales auch die Tutel über Frauenzimmer und deren acquisitio durch cessio in jure mit vorgetragen (Ulpian XIX. §. 11.); allein es darf hierbey nicht überſehen werden, daß Ulpian a. a. O. der tutela legitima libertae nur ganz beyläufig unter den Beyſpielen der res incorporales, bey denen eine in jure cessio Statt finden könne, gedenkt, während er das Nähere darüber am gehörigen Orte, nämlich in der Lehre von der Tutel XI. §. 6—8. bemerkt. — Mit gleichem

Rechte könnte man den Umstand, daß bey Gelegenheit der an die Lehre vom Eigenthumserwerb sich anschließenden Frage, inwiefern man durch Andere erwerben könne, bey Gajus II. §. 87., bey Ulpian XIX. §. 18. und im §. 3. I. per quas pers. nobis acquir. (II. 9.) auch der Stipulationen gedacht wird, und noch mehr den Umstand, daß Gajus an die in jure cessio dinglicher Rechte II. §. 38. u. 39. auch die Beantwortung der Frage, ob und wie man Obligationen auf Andere übertragen könne, anknüpft, ferner daß in der Erörterung der Fähigkeit, Eigenthum auf Andere zu übertragen, sowohl bey Gajus II. §. 81 — 85. als auch in Justinian's Institutionen II. 8. §. 2. auch von Darlehnsgeschäften und Zahlungen die Rede ist, als einen neuen Grund für die Meinung, daß die Obligationen zum sog. jus rerum gehören, benutzen.

x) Man könnte daher den zweiten Theil des Röm. Privatrechts auch jus rerum et obligationum nennen, wenn man den erstern Ausdruck in einem engern Sinne für die Lehre von dinglichen Rechten nehmen will.

§. 2.

Fortsetzung.

Was nun die Art und Weise anlangt, wie die im §. 1. angegebenen drey Haupttheile des Privatrechts in die vier Bücher der Institutionen von Gajus und Justinian und die Titel der einzelnen Bücher, (die jedoch nur in Justinian's Institutionen, nicht auch bey Gajus vorkommen,) vertheilt worden sind [a]), so ist im ersten Buche, nach Vorausschickung einiger allgemeiner Bemerkungen über das Recht (im objectiven Sinne), die Lehre von den Personen, ihren Verschiedenheiten und den mit dem persönlichen Zustande verknüpften Rechtsverhältnissen vorgetragen, und zwar wird diese Lehre auf drey Hauptunterschiede der Menschen zurückgeführt, von denen der erste zwischen Freyen (liberi) und Sclaven (servi) [b]), der zweite zwischen solchen, welche unabhängig von fremder Gewalt (sui juris) und solchen, welche der Gewalt eines Andern unterworfen (alieno juri subjecti) sind [c]), und der dritte, der sich jedoch nur auf die von fremder Gewalt unabhängigen Personen bezieht, zwischen solchen, welche unter einer Vormundschaft (tutela oder curatio) stehen, und Andern [d]) Statt findet. — Die Lehre von den Sachen aber und den darauf bezüglichen Rechten und Rechtsveränderungen ist im zweiten Buche und im Anfange des dritten enthalten. Nämlich die 7. ersten Titel des zweiten Buchs (bey Gajus II. §. 1 — 61. und §. 65 — 79.) handeln, nächst der Ver-

schiedenheit der Sachen, theils von den Erwerbungsarten des Eigenthums an einzelnen Sachen [e]), theils von Servituten [f]); der 8te Titel (bey Gajus II. §. 62 — 64. und §. 80 — 85.) von der Fähigkeit zu veräußern [g]); der 9te (bey Gajus II. §. 86 — 96.) von der Erwerbung durch andere Personen; und darauf folgt vom 10ten Titel des zweiten Buchs an bis zum 12ten (oder nach vielen Ausgaben, 13ten) Titel des dritten Buches (bey Gajus II. §. 97 — 289. und III. §. 1 — 87.) die Lehre von den Erwerbungsarten eines ganzen Vermögens, und zwar so, daß zuerst von der Erbfolge, mit Einschluß der Lehre von Legaten und Fideicommissen, und sodann von einigen andern der Erbfolge analogen Universalsuccessionen die Rede ist [h]). — Hieran knüpft sich die mit dem 13ten (oder 14ten) Titel des dritten Buches (bey Gajus III. §. 88.) beginnende Lehre von den Forderungsrechten, ihren Entstehungs- und Beendigungsarten; doch schließt sich diese Lehre in Justinian's Institutionen nicht, wie bey Gajus, mit dem Ende des dritten Buches, sondern umfaßt noch die 5. ersten Titel des vierten Buches, wovon der Grund höchst wahrscheinlich darin zu suchen ist, weil die Lehre von den Klagen und dem gerichtlichen Verfahren, welche bey Gajus das ganze vierte Buch ausfüllt, in Justinian's Institutionen, wegen Weglassung vieler veralteter Institute und Rechtsbestimmungen, für ein ganzes Buch zu kurz erschien. Vom 6ten Titel des vierten Buches an aber bis zum 17ten wird ausschließlich von den Klagen und andern Rechtsmitteln, so wie auch von einigen Punkten des gerichtlichen Verfahrens (vgl. §. 1. Note t)) gehandelt, und endlich ist im 18ten, als dem letzten Titel des vierten Buches, Anhangsweise noch eine bey Gajus nicht vorkommende Uebersicht von Verbrechen und Strafen und dem dabey eintretenden Verfahren (de publicis judiciis) beygefügt, obgleich sonst die Institutionen sich blos auf Privatrecht beziehen.

a) Vgl. Marezoll Comm. de ordine Institutionum (Gött. 1815.)

b) Gajus I. §. 9. u. pr. I. de jure person. (I. 3.)

c) Gajus I. §. 48. u. pr. I. de his, qui sui vel alien. jur. sunt (I. 8.)

d) Gajus I. §. 142. u. pr. I. de tutelis. (I. 13.)

e) Dahin wird im 7ten Titel auch die Schenkung (donatio) gerechnet,

wovon aber bey Gajus nicht die Rede ist. — Uebrigens ist bemerkenswerth, daß, während bey Gajus die civilrechtlichen Erwerbungsarten des Eigenthums den natürlichen vorangehen, in Justinian's Institutionen, nach dem Muster der hierbey befolgten **Res quotidianae** von Gajus (vgl. l. 1. D. de acquir. rer. domin. XLI. 1.), die umgekehrte Ordnung befolgt wird.

f) Diese werden jedoch bey Gajus (II. §. 29—33.) nur hinsichtlich ihrer Entstehungsarten erwähnt; in Justinian's Institutionen aber ist die darauf bezügliche Darstellung (II. tit. 3—5.) umfassender. Dagegen gedenkt Gajus bey Gelegenheit der Uebertragung unkörperlicher Dinge auf Andere, in dieser Hinsicht auch der Erbschaft und der Obligationen (II. §. 34—39.), was in Justinian's Institutionen nicht der Fall ist.

g) Auffallend ist es, daß bey Gajus die Erörterung der Veräußerungsfähigkeit, welche in Justinian's Institutionen in ununterbrochenem Zusammenhange fortgeht, durch Einschiebung der natürlichen Erwerbungsarten des Eigenthums unterbrochen wird, ingleichen daß, ehe noch die Darstellung der Erwerbungsarten einzelner Sachen vollendet ist, schon von Veräußerungen gehandelt wird. Da nun eine solche Planlosigkeit von Gajus selbst kaum zu erwarten ist, so hat die Vermuthung von G. E. Heimbach in der Abhandlung über Ulpian's Fragmente S. 34. u. 35. viel Wahrscheinlichkeit, daß jene Unordnung in der Veronesischen Handschrift von Gajus durch Versetzung einzelner Blätter in der Urhandschrift, welche der Veronesischen zum Grunde liegt, entstanden, und daß das, was jetzt den Inhalt von §. 65 — 79. ausmacht, nach der ursprünglichen Anordnung von Gajus hinter §. 61. und vor §. 62. zu stellen sey.

h) Wenn Hugo im Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts S. 73. u. 74. (d. 7ten Ausg.) die Lehre von den Sachen, mit Rücksicht auf die Institutionen-Ordnung, unter drey Abschnitte bringt, nämlich: 1) „Die Rechte an Sachen ohne alle Rücksicht weder auf Familienverhältnisse, noch auf Todesfälle, — reine Lehre von Sachen unter Lebendigen," (oder, wie er es früher nannte: reines Sachen-Recht unter Lebendigen,) 2) „Die Rechte an Sachen, insoweit sie durch Familienverhältnisse bestimmt werden, — Einfluß der Lehre von den Personen auf Die von Sachen, allenfalls auch: Angewandte Lehre von den Personen unter Lebenden," (früher von ihm Angewandtes Personen-Recht genannt,) 3) „Die Rechte an Sachen, in so weit sie durch Todesfälle bestimmt werden, — die Verlassenschaften," und nun den Ersten dieser drey Abschnitte in **Inst. II. 1 — 7.** oder 8. **incl.**, den Zweiten in **Inst. II.** allenfalls auch 8., gewiß 9., und den Dritten in **Inst. II. 10.** bis zu Ende und **III. 1 — 12. (13.) incl.** finden will, so möchte dagegen Folgendes zu erinnern seyn: 1) Daß **tit. 7. pr. u. §. 1.** auch von der **mortis causa donatio** und ihrer Aehnlichkeit mit dem Legate gehandelt wird, was mit der von Hugo für den Ersten jener drey Abschnitte gebrauchten Bezeichnung nicht vereinbar ist; 2) Daß im 8. u. 9ten Titel das sog. angewandte Personenrecht weder vollständig, noch auch ganz rein und unvermischt vorgetragen wird, indem z. B. tit.

8. §. 1. auch von der Veräußerung des Pfandes durch den Pfandgläubiger die Rede iſt; 3) Daß der für den dritten Abſchnitt gewählte Ausdruck „Verlaſſenſchaften" zu eng iſt, indem der vorherrſchende Geſichtspunkt in den zu dieſem Abſchnitt gehörigen Titeln, wie auch tit. 9. §. 6. ausdrücklich bemerkt und tit. 20. pr. wiederholt wird, auf Darſtellung der per universitatem successiones oder acquisitiones geht, und daher in Einigen dieſer Titel (namentlich III. tit. 10. u. 12.) von Univerſalſucceſſionen unter Lebenden gehandelt wird.

Zuſatz. Je nothwendiger und dem Quellenſtudium förderlicher es iſt, ſich ſchon frühzeitig beym Rechtsſtudium mit dem Inſtitutionen-Syſtem genau bekannt zu machen, deſto rathſamer erſcheint es, eine Ueberſicht ſämmtlicher in Juſtinian's Inſtitutionen vorhandener Titel, mit vergleichender Hinweiſung auf das, was einem Jeden derſelben, dem Gegenſtande nach, wenn auch in anderer Form und zum Theil auch mit andern Rechtsbeſtimmungen, in Gajus Inſtitutionen und Ulpian's Fragmenten entſpricht, jedoch mit Uebergehung ſolcher von Gajus und Ulpian vorgetragener Lehren, von denen in Juſtinian's Inſtitutionen gar Nichts, auch nicht etwas an deren Stelle Geſetztes vorkommt, hier folgen zu laſſen:

JUSTINIANI *Institutiones.*	GAJI *Instit. Comment.*	ULPIANI *Fragm.*
Prooemium.		
Lib. I.		
Tit. 1. De justitia et jure.		
2. De jure naturali et gentium et civili.	I. §. 1—8.	Praef. §. 1—4.
3. De jure personarum.	I. §. 9. u. 10.	
4. De ingenuis.	I. §. 11.	
5. De libertinis.	I. §. 11—27.	I. §. 5—12. 16. 18—23.
6. Qui, quibus ex causis manumittere non possunt.	I. §. 36—41. u. 47.	I. §. 13—15. u. 17.
7. De lege Furia Caninia sublata.	I. §. 42—46.	I. §. 24. u. 25.
8. De his, qui sui vel alieni juris sunt.	I. §. 48—54.	IV.
9. De patria potestate.	I. §. 55—57.	V. §. 1.
10. De nuptiis.	I. §. 58—96.	V. §. 2—10. u. VII. §. 4.
11. De adoptionibus.	I. §. 97—107.	VIII.
12. Quibus modis jus potestatis solvitur.	I. §. 124—135.	X.
13. De tutelis.	I. §. 142—149.	XI. §. 1. 2. 14 u. 15.
14. Qui dari tutores testamento possunt.		XI. §. 16.
15. De legitima agnatorum tutela.	I. §. 155—158.	XI. §. 3. 4. u. 9.

JUSTINIANI *Institutiones.*	GAJI *Instit. Comment.*	ULPIANI *Fragm.*
Tit. 16. De capitis minutione.	I. §. 159—164.	XI. §. 10—13.
17. De legitima patronorum tutela.	I. §. 165. u. 167.	XI. §. 3.
18. De legitima parentum tutela.	I. §. 172. u. 175.	
19. De fiduciaria tutela.	I. §. 166. u. 175.	XI. §. 5.
20. De Atiliano tutore, et eo, qui ex lege Julia et Titia dabatur.	I. §. 185—187. 189. u. 191.	XI. §. 18.
21. De auctorit. tutorum.	I. §. 184.	XI. §. 24—27.
22. Quibus modis tutela finitur.	I. §. 182. u. 196.	XI. §. 17. 23. u. 28.
23. De curatoribus.	I. §. 197. u. 198.	XII.
24. De satisdatione tutorum vel curatorum.	I. §. 199. u. 200.	
25. De excusationibus tutorum vel curatorum.		
26. De suspectis tutoribus vel curatoribus.		
Lib. II.		
Tit. 1. De rerum divisione.	II. §. 1—11. 15—21. u. 65—79.	XIX. §. 1. 2. u. 7.
2. De rebus incorporalibus.	II. §. 12—14.	XIX. §. 1. u. 11.
3. De servitutibus.	II. §. 29—33.	XIX. §. 1. u. 11.
4. De usufructu.		
5. De usu et habitatione.		
6. De usucapionibus et longi temporis praescriptionibus.	II. §. 41—61.	XIX. §. 2. u. 8.
7. De donationibus.		Praef. §. 1. u. 2. u. VII. §. 1.
8. Quibus alienare licet vel non.	II. §. 62—64. u. 80—85.	
9. Per quas personas nobis acquiritur.	II. §. 86—100.	XIX. §. 18—21.
10. De testamentis ordinandis.	II. §. 101—108.	XX. §. 1—9.
11. De militari testamento.	II. §. 109—111.	XXIII. §. 10.
12. Quibus non est permissum, testamenta facere.	II. §. 112.—114.	XX. §. 10—16.
13. De exheredatione liberorum.	II. §. 123—137.	XXII. §. 14—23.

JUSTINIANI *Institutiones.*	GAJI *Instit. Comment.*	ULPIANI *Fragm.*
Tit. 14. De heredibus instituendis.	II. §. 116. 117. u. 185—190.	XXI. u. XXII. §. 1—13.
15. De vulgari substitutione.	II. §. 174—178.	XXII. §. 33. u. 34.
16. De pupillari substitutione.	II. §. 179—184.	XXIII. §. 7—9.
17. Quibus modis testamenta infirmantur.	II. §. 138—151.	XXIII. §. 1—6.
18. De inofficioso testamento.		
19. De heredum qualitate et differentia.	II. §. 152—173.	XXII. §. 24—32.
20. De legatis.	II. §. 191—223. u. 229—245, gewiſſermaßen auch §. 268—289.	XXIV. §. 1—28. 30. u. 31, gewiſſermaßen auch XXV. §. 1. 8. u. 6—13.
21. De ademtione legatorum.		XXIV. §. 29.
22. De lege Falcidia.	II. §. 224—228.	XXIV. §. 32.
23. De fideicommissariis hereditatibus.	II. §. 246—248. 250 — 259. 270. u. 271.	XXV. §. 4. 11. u. 14—17.
24. De singulis rebus per fideicommissum relictis.	II. §. 249. u. 260—267.	II. §. 7—12. u. XXV. §. 2. 5. u. 18.
25. De codicillis.	II. §. 270. u. 273.	XXV. §. 8. u. 11.
Lib. III.		
Tit. 1. De hereditatibus, quae ab intestato deferuntur.	III. §. 1—8. 18 — 20. 25. u. 26.	XXVI. §. 1—3. u. XXVIII. §. 2—4. 7. u. 8.
2. De legitima agnatorum successione.	III. §. 9—16. 18. 21—23. 25. 28. u. 29.	XXVI. §. 1. u. 4—6.
3. De Senatusconsulto Tertulliano.	III. §. 24. 25. u. 30.	XXVI. §. 7. u. 8.
4. De Senatusconsulto Orphitiano.		XXVI. §. 7. u. XXVII. §. 5.
5. De successione cognatorum.	III. §. 25. 27. 30. u. 31.	XXVIII. §. 7. u. 9.
6. De gradibus cognationis. (Mit dem §. 10. dieſes Titels fängt in vielen		

IUSTINIANI *Institutiones*	GAJI *Instit. Comm.*	ULPIANI *Fragm.*
Ausgaben d. Institutionen der 7te Titel an, unter der Rubrik: De servili cognatione. Vgl. die Erinn. 1. zum §. 42. im ersten Bande dieses Lehrbuches.)		
Tit. 7. (od. 8.) De successione libertorum.	III. §. 39—76.	XXVII. §. 1—4. u. XXIX.
8. (od. 9.) De assignatione libertorum.		
9. (od. 10.) De bonorum possessionibus.	III. §. 32—38.	XXVIII.
10. (od. 11.) De acquisitione per arrogationem.	III. §. 82—84.	
11. (od. 12.) De eo, cui libertatis causa bona addicuntur.		
12. (od. 13.) De successionibus sublatis, quae fiebant per bonorum venditionem et ex Senatusconsulto Claudiano.	III. §. 77—81.	
13. (od. 14.) De obligationibus.	III. §. 88. u. 89.	
14. (od 15.) Quibus modis re contrahitur obligatio.	III. §. 90. u. 91.	
15. (od. 16.) De verborum obligatione.	III. §. 92—95.	
16. (od. 17.) De duobus reis stipulandi et promittendi.		
17. (od. 18.) De stipulatione servorum.		
18. (od. 19.) De divisione stipulationum.		
19. (od. 20.) De inutilibus stipulationibus.	III. §. 97—109.	
20. (od. 21.) De fidejussoribus.	III. §. 115—127.	
21. (od. 22.) De literarum obligatione.	III. §. 128—134.	
22. (od. 23.) De consensu obligatione.	III. §. 135—137.	

JUSTINIANI *Institutiones.*	GAJI *Instit. Comm.*	ULPIANI *Fragm.*
Tit. 23. (od. 24.) De emptione et venditione.	III. §. 139—141.	
24. (od. 25.) De locatione et conductione.	III. §. 142—147.	
25. (od. 26.) De societate.	III. § 148—154.	
26. (od. 27.) De mandato.	III. §. 155—162.	
27. (od. 28.) De obligationibus quasi ex contractu.		
28. (od. 29.) Per quas personas nobis obligatio acquiritur.	III. §. 163—167.	
29. (od. 30.) Quibus modis obligatio tollitur.	III. §. 168—172. u. 176—179.	
Lib. IV.		
Tit. 1. De obligationib., quae ex delicto nascuntur.	III. §. 182—208.	
2. De vi bonorum raptorum.	III. §. 209.	
3. De lege Aquilia.	III. §. 210—219.	
4. De injuriis.	III. §. 220—225.	
5. De obligationib., quae quasi ex delicto nascuntur.		
6. De actionibus.	IV. §. 1—9. 36. u. 52—63.	
7. Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur.	IV. §. 69—74.	
8. De noxalibus actionib.	IV. §. 75—79.	
9. Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur.		
10. De his, per quos agere possumus.	IV. §. 82—85.	
11. De satisdationibus.	IV. §. 88—102.	
12. De perpetuis et temporalibus actionibus, et quae ad heredes vel in heredes transeunt.	IV. §. 110—114.	
13. De exceptionibus.	IV. §. 115—125.	
14. De replicationibus.	IV. §. 126—129.	
15. De interdictis.	IV. §. 138—161.	
16. De poena temere litigantium.	IV. §. 171—183.	
17. De officio judicis.		
18. De publicis judiciis.		

Digitized by Google

§. 3.

Beurtheilung des Institutionen-Systems.

In dem bisher entwickelten Systeme des Römischen Privatrechts ist zwar eine gewisse Planmäßigkeit und Consequenz der Ausführung unverkennbar [a]); doch lassen sich auf der andern Seite auch gar manche Ausstellungen daran machen, die hauptsächlich darauf hinauskommen, daß dieses System theils unvollständig ist, theils den an ein System zu stellenden logischen Anforderungen nicht überall entspricht. Die Unvollständigkeit dieses Systems, auch vom Gesichtspunkte einer bloßen Uebersicht des Privatrechts aus betrachtet, zeigt sich namentlich in Folgendem: 1) Daß manche privatrechtliche Lehren darin ganz übergangen sind, und zwar theils und vornehmlich solche, welche eine allgemeine Beziehung haben, wie z. B. die allgemeine Lehre von den Rechten (im subjectiven Sinne), ihrer Erwerbung, Erhaltung und Erlöschung [b]), die von den Rechtsgeschäften [c]) u. dgl., theils auch specielle Lehren, z. B. die von den Colonen [d]). 2) Daß manche wichtige Lehren des Privatrechts in diesem System entweder nur ganz beyläufig und gelegentlich berührt werden, wie z. B. die vom Besitz bey Gelegenheit der Interdicte [e]), die von der **dos** und vom Pfandrechte bey der Untersuchung über die Veräußerungsfähigkeit [f]), oder auch, ohne Erörterung der Principien, in einzelnen Anwendungen vorkommen, z. B. die Civität [g]), die in **integrum restitutio** [h]). 3) Daß die meisten Lehren in diesem Systeme zu einseitig dargestellt werden. So werden z. B. in der Lehre von den Obligationen nur die civilrechtlichen, nicht aber auch die prätorischen, vorgetragen, und überhaupt ist bey der Darstellung der einzelnen Rechte oder Rechtsverhältnisse weit mehr Rücksicht auf ihre Entstehung und Beendigung genommen, als auf ihre Natur und Wirkungen während ihrer Dauer [i]). — Das Unzweckmäßige und Unsystematische aber in diesem Systeme zeigt sich, auch abgesehen von einzelnen Unzuträglichkeiten [k]), hauptsächlich darin, daß manche in den Institutionen vorkommende, allgemeine Lehren nicht in einen allgemeinen Theil zusammengestellt und den speciellen Lehren, bey denen sie zur Anwendung kommen, vorausgeschickt sind. So wird z. B. die allgemeine Lehre von der **capitis deminutio** bey

Gelegenheit der **legitima agnatorum tutela** vorgetragen [l]), weil nämlich dieſe Tutel durch jede **capitis deminutio** erliſcht [m]). Ferner kommt die allgemeine Lehre von den Klagen, wie bereits im §. 1. und 2. bemerkt worden, erſt im letzten Theile des Privatrechts vor, obgleich ſchon bey jedem einzelnen Rechtsverhältniſſe von den darauf bezüglichen Klagen hätte gehandelt werden können und ſollen, wie es bey manchen auch wirklich geſchehen iſt [n]). Ueberhaupt fehlt es in den Inſtitutionen, wenn man einige beym Anfange derſelben vorgetragene allgemeine Bemerkungen ausnimmt, an einem allgemeinen Theile gänzlich. Hiernächſt entſpringt eine Unbequemlichkeit dieſes Syſtems auch noch theils daraus, daß von dem im erſten Buche vorgetragenen Perſonenrechte der Einfluß deſſelben auf die Vermögensrechte getrennt, und einige dahin einſchlagende Punkte erſt im zweiten Buche, nach mehrern dazwiſchen liegenden Erörterungen, berührt werden [o]), theils auch aus der Stellung des Erbrechts. Dieſes wird nämlich, als eine Erwerbungsart eines geſammten Vermögens, an die Lehre von den Erwerbungsarten einzelner Sachen angeſchloſſen [p]), und zwar ſo, daß damit auch die Lehre von Legaten und Fideicommiſſen in Verbindung gebracht wird, obgleich eben aus dem Umſtande, daß das geſammte Vermögen eines Verſtorbenen, und alſo nicht blos die dinglichen Rechte, ſondern auch die Forderungen und Schulden deſſelben, auf den Erben übergehen, ſo wie auch aus der Rückſicht, daß durch Vermächtniſſe ebenſowohl Obligationsverhältniſſe, als Eigenthumsrechte begründet werden, ſich ergiebt, daß das Erbrecht erſt nach der Lehre von den dinglichen Rechten und den Obligationen abgehandelt werden kann [q]).

a) Unter den Vertheidigern dieſes Syſtems aus der neueſten Zeit ſind hauptſächlich zu nennen: Hugo im Civil. Magazin B. 2. Nr. III. (S. 84—95.) u. B. 4. Nr. IX. (S. 227—237.) und Puchta im Rhein. Muſeum Dritt. Jahrg. Erſt. H. S. 115—133.

b) Die Allgemeinheit dieſer Lehre wird auch von Ulpian anerkannt in der l. 41. D. de legib. (I. 8.) „Totum autem jus consistit aut in acquirendo, aut in conservando, aut in minuendo; aut enim hoc agitur, quemadmodum quid cujusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel jus suum conservet, aut quomodo alienet aut amittat.“

c) Doch wird dieſem Mangel einigermaßen abgeholfen durch manche bey

Gelegenheit der Stipulationen vorkommende Rechtsbestimmungen, welche auf Rechtsgeschäfte überhaupt Anwendung leiden.

d) Von Gajus konnte freylich diese Lehre noch nicht vorgetragen werden, da erst später der Colonat sich entwickelte und durch Gesetze normirt wurde; aber den Verfassern der Justinianischen Institutionen ist die Uebergehung dieser Lehre allerdings zum Vorwurf zu machen, da die Colonen in den Zeiten der christlichen Kaiser einen sehr wichtigen Stand bildeten. Daher macht auch, auf Veranlassung dieses Umstandes, von Savigny in der Zeitsch. für geschichtl. Rechtswiss. B. 6. H. 3. S. 307. Anm. 1. auf die Unzulänglichkeit des Institutionen-Systems für die Darstellung des zu Justinian's Zeiten geltenden Rechts aufmerksam.

e) Gajus IV. §. 153. — §. 4. u. 5. I. de interdict. (IV. 15.)

f) Gajus II. §. 63. u. 64. — pr. u. §. 1. I. quib. alienare licet. (II. 8.) In Ulpian's Fragmenten handelt allerdings ein eigner Titel, nämlich der 6te, von der dos, jedoch nur von ihrer Bestellung und dem Einflusse der Trennung der Ehe auf sie, nicht aber auch von dem während der Ehe daran Statt findenden Rechte des Mannes.

g) Vgl. z. B. Gajus I. §. 55. 56. 108. u. 119. — §. 2. I. de patria potest. (I. 9.) und pr. I. de nupt. (I. 10.)

h) Gajus II. §. 163. IV. §. 53. 57 u. 125. — §. 5. I. de hered. qualit. (II. 19.) und §. 33. I. de action. (IV. 6.)

i) Diesen Umstand hebt Puchta a. a. O. (s. Note a)) als einen solchen hervor, wobey sich eine gewisse Consequenz in der Ausführung des dem Institutionen-Systeme zum Grunde liegenden Planes zeige. Dieß kann zugegeben werden, ohne daß dadurch der Vorwurf der Unvollständigkeit beseitigt wird.

k) Dahin gehört in Justinian's Institutionen z. B. die Zersplitterung der Lehre von den Erwerbungsarten des Eigenthums an einzelnen Sachen durch Einschiebung der Lehre von den Servituten, ferner die wenigstens dem Justinianischen Rechte nicht mehr angemessene Stellung der donatio unter die civilrechtlichen Erwerbungsarten des Eigenthums.

l) Gajus I. §. 159 — 163. und tit. I. de capitis minutione. (I. 16.)

m) Gajus I. §. 158. u. 163. — §. 3. I. de legit. agnat. tutel. (I. 15.) u. §. 4. I. quib. mod. tutel. finit. (I. 22.) Gleichwohl kommen schon in frühern Lehren Folgen von der capitis deminutio vor, z. B. bey Gajus I. §. 107. 128. u. 129. — §. 11. I. de adoption. (I. 11.) §. 1 u. 3. I. quib. modis jus potest. solvitur. (I. 12.)

n) Hauptsächlich bey den Obligationen, jedoch auch hin und wieder schon im ersten und zweiten Buche, z. B. bey Gajus I. §. 141. u. 191. II. §. 57. 76 — 79. 82. 194. 204. 213. 219. 222. 278. u. 282. — desgl. §. 2. u. 4. I. de satisdat. tutor. (I. 24.) §. 26. 28 — 30. u. 32 — 35. I. de rer. div. (II. 1.) §. 14. I. de usucapion. (II. 6.) §. 2. I. quib. alienare licet. (II. 8.) §. 2. u. 9. I. de legat. (II. 20.) Es ist daher eine unrichtige Behauptung von Hugo im Civil. Magazin B. 4. S. 28. u. B. 5. S. 408., daß vor den Obligationen, mithin im

ersten, zweiten und der ersten Hälfte des dritten Buches der Institutionen von keiner actio, mit alleiniger Ausnahme der querela inofficiosi, die Rede sey.

o) Gajus II. §. 63. u. 64. u. §. 80 — 90. und tit. I. quib. alienare licet, (II. 8.) und per quas personas nobis acquir. (II. 9.)

p) Gajus II. §. 97. u. 98. — §. 6. I. per quas pers. nobis acquir. (II. 9.)

q) Vgl. Zimmern's Geschichte des Röm. Privatrechts, B. 1. §. 93. Note 43. und Mackeldey's Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts, B. 2. §. 207. Note b.

§. 4.

Uebersicht der in diesem Lehrbuche zu befolgenden Ordnung.

Wegen der im vorigen §. bemerklich gemachten Mängel des Institutionen-Systems stellt es sich als rathsam dar, für den wissenschaftlichen Vortrag des Römischen Privatrechts ein anderes System zu befolgen, bey welchem nicht nur diejenigen Lehren, welche die Grundlage der Rechtswissenschaft bilden, oder eine allgemeine Beziehung und Anwendbarkeit haben, in einen allgemeinen Theil [a]) zusammenzustellen, und den im besondern Theile zu erörternden speciellen Lehren vorauszuschicken, sondern auch diese Letztern nach dem Princip des Uebergangs vom Einfachern zum Zusammengesetzten und der Verbindung des Zusammengehörigen zu ordnen sind. In dieser Rücksicht scheint nun für den besondern Theil folgende Anordnung (bey welcher jedoch hier nur die Hauptstücke, nicht auch die in Jedem derselben begriffenen einzelnen Lehren angegeben werden können,) die zweckmäßigste zu seyn: 1) Sachenrecht, d. h. die Lehre von den an Sachen möglichen Rechten, (dingliche Rechte;) 2) Obligationenrecht, d. h. die Lehre von den Forderungsrechten, (persönliche Rechte;) 3) Personenrecht, d. h. die Lehre von den mit dem persönlichen Zustande der Menschen verknüpften Rechtsverhältnissen (Zustandsrechte,) [b]) und dem Einflusse derselben auf Vermögensrechte [c]); 4) Die Lehre von dem Eintritt in das Vermögen eines Verstorbenen, oder von den Successionen auf den Todesfall, (Erbrecht im weitern Sinne,) und von einigen andern der Erbfolge analogen Universalsuccessionen. — Am

Schluſſe iſt dem Ganzen, nach dem Muſter von Gajus und Juſtinian's Inſtitutionen, noch eine Ueberſicht des gerichtlichen Verfahrens in Privat-Rechtsſtreitigkeiten beyzufügen.

a) Ein ſolcher iſt, wenn er nur die gehörigen Grenzen nicht überſchreitet, nicht allein zweckmäßig, ſondern nach logiſchen Regeln ſchlechterdings nothwendig, ſo ſehr ſich auch in neuern Zeiten manche Stimmen dagegen erklärt haben.

b) Die dahin gehörigen Rechte ſind zum Theil ſolche, welche man auf dingliche Art perſönliche Rechte nennen kann. Vgl. den erſten Band dieſes Lehrb. §. 16. Nr. 4).

c) Der für dieſen Abſchnitt des Privatrechts von unſern Juriſten gewöhnlich gebrauchte Ausdruck „Familienrecht" (oder Lehre von den Familienverhältniſſen) iſt nicht einmal für das heutige Recht paſſend, wegen der in dieſen Abſchnitt gehörigen Lehre von der Vormundſchaft, da dieſe, ſofern ſie auf letztwilliger Verfügung oder obrigkeitlicher Anordnung beruht, in keiner Verbindung mit den Familienverhältniſſen ſteht; noch viel weniger aber für das Römiſche Recht, nach welchem ja auch die auf **libertas** und **civitas** bezüglichen Rechtsverhältniſſe in dieſem Theile der Rechtslehre ihre Stelle haben, und, wie Hugo richtig bemerkt (vgl. Deſſen Beyträge zur civiliſt. Bücher Kenntniß, B. 1. S. 102. Anm. 2)), ſelbſt die Ehefrau, ohne **in manum conventio**, nicht zu der Familie ihres Mannes gehörte.

Erinnerung. Das in dieſem §. angegebene Syſtem iſt im Weſentlichen das nämliche, welches zuerſt von Hugo in der erſten Ausgabe ſeiner Inſtitutionen des heutigen Röm. Rechts (1789.) aufgeſtellt, jedoch in den folgenden Ausgaben wieder aufgegeben, ſpäterhin aber, wenn auch mit gewiſſen Modificationen, von Heiſe im Grundriß eines Syſtems des gemeinen Civilrechts (1807.) angenommen, und ſeitdem in vielen Lehrbüchern und Grundriſſen befolgt, neuerlich jedoch von Puchta im Rhein. Muſeum Dritt. Jahrg. Erſt. H. S. 127. u. folg. angegriffen worden iſt. — Daß aber jetzt Viele, nach Heiſe's Vorgang, die Lehre von der **in integrum restitutio** erſt an das Ende des Syſtems ſtellen, kann wohl nicht gebilliget werden, indem dieſe Lehre, vermöge ihrer allgemeinen Beziehung und Anwendbarkeit, vielmehr in den allgemeinen Theil, und zwar, da die **in integrum restitutio** ihrer Natur und ihrem Zwecke nach ein Rechtsmittel iſt, (**Pauli Sent. I. 7. §. 1. „*Integri restitutio* est redintegrandae rei vel causae *actio*,"**) zur allgemeinen Lehre von den Klagen oder Rechtsmitteln gehört, wohin ſie auch von Mühlenbruch in der **Doctrina Pandectarum** geſtellt wird. — Uebrigens ſtimmt mit dem obigen Syſtem zum Theil auch die in Juſtinian's Digeſten befolgte Ordnung der Lehren des Privatrechts überein, inſofern nämlich hier im 5 — 8ten Buche von dinglichen Klagen und einigen dinglichen

Rechten (den Servituten), dann B. 9 — 22. von obligatorischen Verhältnissen und den daraus entspringenden Klagen, (freylich auch mit Einmischung anderer Lehren,) weiter B. 23 — 27. von Ehe und Vormundschaften, und sodann B. 28 — 38. von den Successionen auf den Todesfall eines Menschen gehandelt wird.

Allgemeiner Theil.

§. 5.

Rechtsanſicht der Römiſchen Juriſten [a]).

Recht und Moral hielten die Römiſchen Juriſten zwar nicht für ganz identiſch, wie ſich ſchon aus dem im Römiſchen Rechte vorkommenden allgemeinen Satze: „Non omne, quod licet, honestum est“ [b]), und andern Aeußerungen [c]) ergiebt; aber ſie unterſchieden doch zwiſchen Beyden nicht ſo ſtreng, als es von unſern Rechtsphiloſophen zu geſchehen pflegt, ſondern gründeten vielmehr das Recht auf die Sittlichkeit. Sie zogen daher auch ſolche Pflichten, deren Erfüllung auf rein ſittlichen Triebfedern beruht, z. B. die der Dankbarkeit [d]) und der pietas überhaupt [e]), mit in das Rechtsgebiet herüber, wollten auch bey Rechtsverhältniſſen überall, ſo viel als möglich, das honestum [f]) und die aequitas [g]) beachtet wiſſen, erklärten jedes gegen die guten Sitten verſtoßende Rechtsgeſchäft für ungültig [h]), und ſetzten das Ziel der Juriſten, als Prieſter der Gerechtigkeit, auch darein, die Menſchen gut zu machen [i]). — Aus dieſer Grundanſicht der Römiſchen Juriſten iſt insbeſondere auch die Legal-Definition von jus (in der Bedeutung von Rechtswiſſenſchaft,) und von justitia (vgl. §. 6.), und das Erſte der drey Hauptgebote des Rechts (vgl. §. 7.) abzuleiten und zu erklären.

a) Vgl. Welcker, die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe, S. 450 — 534.

b) l. 144. pr. D. de regul. jur. (L. 17.) Auf ähnliche Weiſe unterſcheidet auch Cicero pro Balbo c. 3. „Est aliquid, quod non oporteat, etiamsi licet.“

c) z. B. l. 42. pr. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) und l. 197. D. de reg. jur. „Semper in conjunctionibus non solum, *quid liceat*, considerandum est, sed et *quid honestum sit*.“ Vgl. auch l. 5. D. de donation. (XXXIX. 5.) — Auch bey nicht-juriſtiſchen Schriftſtellern finden ſich Hindeutungen auf den Unterſchied des Rechtes

und der Moral, z. B. bey Seneca de ira, II. 27. „Quanto latius officiorum patet, quam juris regula.“

d) l. 25. §. 11. D. de hered. petit. (V. 3.) und Theophilus I. 2. pr.

e) l. 2. D. de justit. et jur. (I. 1.) l. 2. D. de inoffic. testam. (V. 2.) l. 32. §. 2. D. de condict. indeb. (XII. 6.) l. 8. D. de probation. (XXII. 3.) l. 5. §. 2. 15. u. 17. D. de agnosc. et alend. lib. (XXV. 3.) l. 4. D. de curator. furioso dand. (XXVII. 10.) l. 1. pr. u. l. 10. D. de obsequiis parent. praestand. (XXXVII. 15.)

f) l. 15. D. de condition. institut. (XXVIII. 7.) „. . . quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.“ Vgl. auch die in der Note c) angeführten erſten beyden Stellen, ferner l. 7. D. de usu et habitat. (VII. 8.) l. 21. §. 7. D. de receptis, qui arbitr. receper. (IV. 8.) l. 16. l. 26. pr. u. l. 38. D. de oper. libert. (XXXVIII. 1.) u. ſ. w.

g) l. 90. D. de regul. jur. (L. 17.) „In omnibus quidem, maxime tamen in jure, aequitas spectanda sit.“ — l. 4. §. 1. D. de eo, quod certo loco. (XIII. 4.) „. . . . In summa aequitatem quoque ante oculos habere debet judex. . . . . “ l. 31. pr. D. depositi. (XVI. 3.) „Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat. . . . . “ l. 2. §. 5. D. de aqua et aquae pluv. arc. (XXXIX. 3.) „. . . . . haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamur.“

h) Paul. Sent. I. 1. §. 4. Gaj. III. §. 157. — §. 7. I. de mand. (III. 26. od. 27.) l. 6. §. 3. D. mandati. (XVII. 1.) l. 57. D. pro socio. (XVII. 2.) l. 9. u. l. 14. D. de condit. institut. (XXVIII. 7.) l. 112. §. 3. D. de legat. I. (XXX.) l. 61. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) u. ſ. w.

i) l. 1. §. 1. D. de justit. et jur. (I. 1.) „Cujus (scil. justitiae) merito quis nos sacerdotes appellet; justitiam namque colimus, et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, *bonos* non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes.“

§. 6.

Jus und Justitia.

Tit. I. de justitia et jure (I. 1.)
Der gleichlautende Titel der Digeſten. (I. 1.)

Das Wort *jus* bedeutet das Recht ſowohl im objectiven, als im ſubjectiven Sinne. (Vgl. §. 1. der Einleitung.) Demnach bezeichnet es im objectiven Sinne überhaupt eine verbindliche

Rechtsnorm [a]), und zwar bald eine einzelne Rechtsregel [b]), bald eine Summe von Rechtsbestimmungen [c]), bald das förmliche, d. h. das von der dazu auctorisirten Behörde gesprochene oder zu sprechende Recht [d]); im subjectiven Sinne aber ein Befugniß [e]) oder Rechtsverhältniß [f]), (namentlich auch ein rechtliches Gewaltverhältniß [g]),) oder einen Inbegriff bestimmter Befugnisse [h]), oder auch die Totalität der Rechte eines Menschen [i]). Mit jener objectiven Bedeutung steht es in Verbindung, daß *jus* auch für Rechtswissenschaft gebraucht wird [k]), oder für einen bestimmten Theil oder eine einzelne Materie derselben [l]). Außerdem hat dieses Wort auch noch einige andere, mehr uneigentliche Bedeutungen [m]). — Von der Rechtswissenschaft theils im objectiven, theils im subjectiven Sinne (vgl. §. 8. der Einleitung), ingleichen von der Gerechtigkeit kommen folgende Legal-Definitionen vor: „*Jus* est ars boni et aequi.“ [n]) — „*Jurisprudentia* est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.“ [o]) — „*Justitia* est constans et perpetua voluntas, jus suum cuique tribuendi,“ (oder nach einer andern Lesart: tribuens [p])).

a) Z. B. in den Worten der zwölf Tafeln: „ita jus esto.“ l. 120. D. de verb. signif. (L. 16.)

b) Z. B. in der oft vorkommenden Redensart: „hoc jure (od. eo jure od. quo jure) utimur.“ l. 152. pr. D. de regul. jur. (L. 17.) l. 13. §. 1. D. de fundo dot. (XXIII. 5.) — l. 1. §. 4. D. ut legat. servand. caus. caveat. (XXXVI. 3.) l. 8. §. 1. u. 7. D. de precar. (XLIII. 26.) — l. 114. §. 4. D. de legat. I. (XXX.) l. 18. pr. D. de his, quae ut indign. aufer. (XXXIV. 9.) u. s. w.

c) Z. B. jus civile, jus praetorium u. dgl. — Vorzugsweise wird auch *jus* schlechthin auf das Civilrecht, besonders das ältere bezogen, im Gegensatz des prätorischen Rechts (s. Zusatz 2.), oder auch der kaiserlichen Constitutionen. l. 25. Th. C. quorum appellat. non recipiant. (XI. 36.) und l. 5. J. C. eod. (VII. 65.)

d) l. 50. §. 1. D. de legat. I. (XXX.), namentlich auch in der Redensart: jus dicere oder reddere. l. 1. pr. u. §. 2. und l. 2. D. quod quisque jur. in alter. statuer. (II. 2.) l. 26. §. 4. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.) l. 11. D. h. t. „Praetor quoque jus reddere dicitur, etiam quum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id, quod ita Praetor fecit, sed ad illud, quod Praetorem facere convenit.“

e) Z. B. jus successionis, jus utendi fruendi, jus obligationis, l. 1. §. 1. D. de divis. rer. (I. 8.) §. 2. I. de reb. incorporal. (II. 2.), jus dominii, l. 4. C. de aedific. privat. (VIII. 10.) u. dgl.

f) Z. B. jus cognationis vel affinitatis, l. 12. D. h. t. agnationis jus, Gaj. I. §. 158. u. §. 3. I. de legit. agnat. tutel. (I. 15.) — Insbesondere wird auch *jus* schlechthin für ein durch das Civilrecht anerkanntes und normirtes Rechtsverhältniß gebraucht, im Gegensatz eines minder streng geregelten, oder eines nur durch den Prätor geschützten Verhältnisses (factum). l. 10. D. de capite minut. (IV. 5.) „. . . . . in *facto* potius, quam in *jure* consistit." l. 27. §. 2. D. de pact. (II. 14.) „. . . in stipulationibus *jus* continetur, in pactis *factum* versatur."

g) Z. B. bey der Eintheilung der Menschen in solche, welche sui juris, und solche, welche alieno juri subjecti sind. Gaj. I. §. 48—50. pr. I. de his, qui sui vel alien. jur. sunt. (I. 8.) l. 1. pr. D. eod. (I. 6.)

h) Z. B. jus Quiritium. Gaj. I. §. 33—35. Ulp. III. §. 1—5.

i) Z. B. in der Redensart: jus suum cuique tribuere, pr. I. h. t. l. 10. pr. D. h. t., ingl. succedere in jus demortui, l. 3. pr. D. de bonor. possess. (XXXVII. 1.) (was noch bestimmter so ausgedrückt wird: in universum jus, oder in jus omne defuncti succedere, l. 19. §. 5. D. de aedilic. edict. (XXI. 1.) l. 11. D. de divers. temporal. praescript. (XLIV. 3.))

k) Z. B. juri operam dare, l. 1. pr. D. h. t.

l) Z. B. „de jure personarum" (vgl. §. 1. Note o)), „de jure codicillorum." D. XXIX. 7. in der Ueberschrift.

m) So bezeichnet es namentlich auch den Ort, wo Recht gesprochen wird, l. 11. D. h. t. z. B. in der Redensart: in jus vocare, l. 1. D. de in jus vocando. (II. 4.) l. 1. D. si quis in jus vocatus non ierit. (II. 5.) ferner die Art des gerichtlichen Verfahrens, z. B. jus ordinarium, Paul. Sent. III. 5. §. 18. l. 3. D. expil. heredit. (XLVII. 19.) l. 178. §. 2. D. de verb. signif. (L. 16.) oder auch den Proceß selbst. l. 7. C. de feriis. (III. 12.). In Folge dieser Bedeutungen heißt dann *in jure* überhaupt so viel, als: vor einer Obrigkeit, oder einem Richter, l. 4. §. 1. D. de interrogat. in jure fac. (XI. 1.) selbst dann, wenn sich die Verhandlung auch nicht auf einen Rechtsstreit bezieht, l. 9. D. de cessione bonor. (XLII. 3.) oder wenigstens nicht auf einen ernstlich gemeinten, wie z. B. bey der *in jure* cessio. Gaj. II. §. 24. Ulp. XIX. §. 9. u. 10.

n) l. 1. pr. D. h. t.

o) l. 10. §. 2. D. h. t. u. §. 1. I. h. t. Ueber verschiedene Erklärungen dieser Definition, deren erster Theil mit der bey den Alten, namentlich bey Cicero de offic. I. 43. u. II. 2., de finib. bon. et mal. II. 12., Tuscul. Disputat. V. 3. und bey Seneca Epist. 89. vorkommenden Definition der *sapientia* zusammentrifft, s. Glück's Erläut. d. Pand. B. 1. S. 202. ff. — Uebrigens wird *jurisprudentia* bisweilen auch im

objectiven Sinne für Rechtstheorie genommen, z. B. §. 3. I. de legit. agnat. success. (III. 2.) l. 1. C. de acquir. possess. (VII. 32.)

p) pr. I. h. t. u. l. 10. pr. D. h. t. Der erste Theil dieser Definition stimmt mit der Beschreibung der Tugend überein, wie sie von Cicero, (welcher bekanntlich in der Moral sich vorzugsweise an die Stoiker anschloß,) gegeben wird de legib. I. 17. „constans et perpetua ratio vitae, quae est *virtus*," und Paradox. III. 1. „Una *virtus* est, consentiens cum ratione et perpetua constantia." — Die *justitia* wird von ihm de finib. V. 23. so definirt: „animi affectio suum cuique tribuens atque societatem conjunctionis humanae munifice et aeque tuens," und auf ähnliche Weise de invent. II. 53. „habitus animi, communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem," und in beyden Stellen, so wie auch de offic. I. 5. u. 7. ausdrücklich zu den Tugenden gerechnet, (wie es auch von Justinian selbst in der Nov. 69. prooem. geschieht.) — Vgl. auch Rhetor. ad Herenn. III. 2.

Zusatz 1. Auffallend ist, was Ulpian in der l. 1. pr. D. h. t. über das nomen *juris* bemerkt: „Est a *justitia* appellatum." Dieß kann natürlich nicht für eine grammatische Ableitung des Worts gelten, sondern nur so verstanden werden, daß die Rechtswissenschaft selbst nach der justitia, als dem ihr vorgesteckten Ziele, den Namen jus erhalten habe. Ueber verschiedene hierauf bezügliche Schriften s. Glück's Erläut. d. Pand. B. 1. S. 2. Note 2.

Zusatz 2. Der häufig vorkommende Ausdruck „*ipso jure*" (s. a. u.) wird theils von dem gebraucht, was nach Grundsätzen des Civilrechts, insbesondere nach der Strenge desselben (im Gegensatz des prätorischen Rechts oder prätorischer Schutzmittel,) gilt, l. 9. §. 1. D. usufructuar. quemadm. cav. (VII. 9.) l. 1. §. 5. D. quod falso tutore. (XXVII. 6.) l. 1. §. 9. D. de superficieb. (XLIII. 18.) l. 17. §. 1. u. 2. D. de pactis. (II. 14.) l. 34. §. 1. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) theils von dem, was schon von Rechts wegen, d. h. ohne daß es einer besondern Handlung oder Willenserklärung bedarf, Statt findet. §. 37. I. de action. (IV. 6.) l. 5. §. 2. D. de pact. dotal. (XXIII. 4.) l. 5. pr. D. de impens. in res dotal. fact. (XXV. 1.) l. 50. §. 5. D. de bon. libert. (XXXVIII. 2.) l. 6. C. famil. ercisc. (III. 36.) In der erstern Bedeutung kommt auch bisweilen *jure* schlechthin vor, z. B. l. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. amitt. (VII. 4.)

Zusatz 3. Das Beywort *justum* bezeichnet zwar im eigentlichen Sinne das Rechtmäßige überhaupt, Ulp. XIX. 7. pr. I. de usucap. (II. 6.) l. 1. pr. u. l. 3. §. 1. D. de Public. in rem. act. (VI. 2.) und insbesondere, was dem Civilrechte angemessen ist, l. 16. D. eod. Ulp. V. 2. — pr. I. de nupt. (I. 10.) l. 31. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) wird aber auch in manchen andern, mehr uneigentlichen Bedeutungen gebraucht, namentlich für das Sachgemäße, z. B. justum pretium, l. 31. §. 4. D. de fideicomiss. libertat. (XL. 5.)

l. 3. §. 5. D. de jure fisci. (XLIX. 14.) l. 2. u. 8. C. de rescind. vendit. (IV. 44.) — plus justo, l. 27. §. 23. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) l. 4. D. de vacat. muner. (L. 5.) ingl. für das, was einen vernünftigen oder entschuldbaren Grund hat, z. B. justus error, l. 2. D. de in integr. restit. (IV. 1.) l. 44. pr. D. de usurpat. (XLI. 3.) justus metus oder timor, l. 7. §. 1. D. quod metus caus. (IV. 2.) l. 3. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.)

Zusatz 4. Ueber die ehemals gangbaren, aber weder in unsern Quellen begründeten, noch auch sonst für die Rechtslehre brauchbaren Eintheilungen der justitia in die expletrix und attributrix, ferner in die distributiva und commutativa s. Glück's Erläut. d. Pand. B. 1. S. 298. ff.

Erstes Buch.

Von dem Rechte im objectiven Sinne.

§. 7.

Juris praecepta.

Als Hauptgebote des Rechts (juris praecepta) werden in den Institutionen und Digesten [a] folgende drey aufgestellt: „*Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*“ Das erste ist als das allgemeine Princip der Sittlichkeit, worauf die Römer das Recht gründeten (vergl. §. 5.), zu betrachten, das zweite aber wohl am natürlichsten auf die Erfüllung negativer Rechtspflichten, d. h. Unterlassung rechtswidriger Handlungen, und das dritte auf die Erfüllung affirmativer Rechtspflichten zu beziehen [b].

a) §. 3. I. de justit. et jur. (I. 1.) l. 10. §. 1. D. eod. (I. 1.)

b) Indessen läßt sich auch mit Donellus in Commentar. de jure civ. II. 1. §. 6. u. 10. und Vinnius in Instit. Commentar. ad §. 3. de justit. et jur., das zweite praeceptum von der Unterlassung persönlicher Verletzungen eines Andern, und das dritte von der Beobachtung der einem Jeden zukommenden Vermögensrechte verstehen. — Uebrigens haben jene einfachen Sätze sehr verschiedne und zum Theil ziemlich gesuchte Deutungen erfahren. So bezieht sie z. B. Thomasius in Not. ad Instit. l. c. auf die Cardinaltugenden der Stoiker, und zwar das erste praeceptum auf die temperantia, das zweite auf die fortitudo, und das dritte auf die justitia. Ihm tritt Heineccius in den Anmerkungen zum Vinnius bey, und bemerkt überdieß in den Element. jur. civil. I. 1. §. 22., daß das erste praeceptum mit der justitia attributrix *, die andern beyden aber mit der expletrix * in Verbindung stehen. Hugo dagegen glaubt im Lehrbuch des Naturrechts §. 16. Anm. 1), daß jene drey praecepta der Eintheilung des Privatrechts in jus naturale, gentium und civile (s. §. 9.) entsprächen. Burchardi in den Grundzügen des Rechtssystems der Römer S. 259. ff. will sie als die Grundprincipien von jus publicum, jus privatum und jus, quod pertinet ad actiones, betrachtet wissen, und nach einer andern von ihm referirten Meinung sollen sie für die Grundprincipien von Familien- Sachen- und Obligationen-Recht zu nehmen seyn. — Selbst über den

Sinn des Ausdrucks juris praecepta ist man nicht allgemein einverstanden. So glaubt Weber in der Entwickel. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 98., (gewissermaßen nach dem Vorgang von Huber in Praelect. jur. civil. P. I. l. 1. t. 1. §. 8.,) daß praecepta hierbey nicht sowohl Regeln bedeuteten, sondern vielmehr die Hauptgründe, worauf am Ende die ganze bürgerliche Legislation beruhe, so daß durch das erste praeceptum angedeutet werden solle, ein Theil der Civilgesetze sey in den Regeln des Anständigen gegründet.

§. 8.

Eintheilungen des Rechts: I. Publicum und privatum jus.

In Rücksicht des Gegenstandes wird das Recht eingetheilt in *publicum jus* (a. u.) und *privatum jus* (a. u.). Das Erstere wird so definirt: „quod ad statum rei Romanae spectat," und das Letztere so: „quod ad singulorum utilitatem pertinet" [a]). Auch wird das Erstere nach seinen Bestandtheilen auf folgende Weise characterisirt: „Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit" [b]).

a) §. 4. I. de justit. et jure. (I. 1.) u. l. 1. §. 2. D. eod. (I. 1.)

b) l. 1. §. 2. D. cit. Vgl. auch Isidor. Orig. V. 8. Hiernach ist also auch das sacrum jus (welches bey Cicero auch divinum jus heißt, im Gegensatz des humanum jus, z. B. Orator. partit. 37., de haruspic. respons. 7., pro Sext. 42.) unter dem jus publicum mit begriffen; doch unterscheidet Cicero pro domo 49. das pontificium jus vom publicum, und auch sonst kommt hin und wieder eine trichotomische Eintheilung des Rechts in Ansehung des Gegenstandes vor, z. B. bey Quintil. Inst. orat. II. 4. §. 33. „Nam et genera sunt tria, sacri, publici, privati juris;" bey Auson. Idyll. XI. v. 61. u. 62., gewissermaßen auch in der l. 23. pr. C. de sacros. eccles. (I. 2.) „Ut inter divinum publicumque jus et privata commoda . . . ."; indessen ist jene dychotomische Eintheilung die gewöhnlichere. Vgl. z. B. Liv. III. 34.. Plin. Epist. I. 22. u. VIII. 14. Gell. X. 20. u. l. 2. §. 46. D. de orig. jur. (I. 2.)

Zusatz. Der Ausdruck *jus publicum* hat aber auch andere, nicht auf den Gegenstand, sondern auf den Grund und Umfang der Gültigkeit des Rechts bezügliche Bedeutungen. Er bezeichnet nämlich oft: das öffentlich sanctionirte, oder allgemein anerkannte und im Staate geltende Recht, auch wenn es privatrechtliche Gegenstände betrifft, z. B. Cic. Orat. partit. c. 37. — l. 7. §. 6. D. de donat. int. vir. et uxor. (XXIV. 1.) l. 8. D. de tutel. (XXVI. 1.) l. 30. §. 3. u. l. 36. §. 1. D. de excusat. (XXVII. 1.) l. 8. D. qui testam. fac.

poss. (XXVIII. 1.) l. 1. pr. D. ad leg. Falcid. (XXXV. 2.) l. 18. §. 1. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) l. 13. §. 1. D. de injur. (XLVII. 10.) l. 2. C. ne uxor pro marit. conv. (IV. 12.) (was bisweilen auch *jus vulgatum* heißt, l. 32. §. 24. D. de donat. int. vir. et uxor. (XXIV. 1.) oder auch wohl *jus commune*, z. B. l. 78. pr. D. de condit. et demonstr. (XXXV. 1.) l. 81. D. de regul. jur. (L. 17.)) im Gegensatz des durch Privatwillkühr für einzelne Fälle bestimmten Rechts, l. 29. D. de testam. tut. (XXVI. 2.) l. 77. in f. D. de condit. et demonstr. (XXXV. 1.) l. 12. D. ut legat. serv. caus. caveat. (XXXVI. 3.), und wird vorzugsweise auf absolut gültige Rechtssätze bezogen, worauf der Privatautonomie kein Einfluß zukommt. l. 38. D. de pact. (II. 14.) „Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.“ l. 45. §. 1. D. de reg. jur. (L. 17.) „Privatorum conventio juri publico non derogat.“ Consult. vet. Juriscons. 4. „Privata conventio juri publico nihil derogat.“ l. 5. §. 7. D. de administrat. tutor. (XXVI. 7.) „Nemo jus publicum remittere potest hujusmodi cautionibus, nec mutare formam antiquitus constitutam...“ l. 42. D. de oper. libert. (XXXVIII. 1.) „...juri publico derogare non potuit, qui fideicommissariam libertatem dedit.“ l. 13. C. de testam. (VI. 23.) „. . . . non autem jurisdictionis mutare formam, vel juri publico derogare cuiquam permissum est.“ Vgl. auch l. 20. pr. D. de religios. (XI. 7.) l. 1. §. 9. D. de magistrat. conven. (XXVII. 8.) — Zur Erläuterung der Bedeutung von *jus publicum* in den angeführten Stellen dienen: l. 28. pr. D. de pact. (II. 14.) „Contra juris civilis regulas pacta conventa rata non habentur.“ l. 12. §. 1. D. de pact. dotal. (XXIII. 4.) „Ex pactis conventis . . . . alia ad voluntatem pertinent, ... alia ad *jus* pertinent, ... in quibus non semper voluntas contrahentium servatur.“ l. 55. D. de legat. I. (XXX.) „Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant.“ l. 15. §. 1. D. ad leg. Falcid. (XXXV. 2.) „. . . . privatorum cautione legibus non esse refragandum constitit; et ideo . . jure publico . . . .“ l. 16. D. de suis et legit. hered. (XXXVIII. 16.) „. . . . eam scripturam jus successionis non mutasse constitit, privatorum enim cautionem legum auctoritate non censeri.“ l. 27. D. de regul. jur. (L. 17.) „Nec ex praetorio, nec ex solenni jure privatorum conventione quicquam immutandum est, ... quia actionum modus vel lege vel per Praetorem introductus privatorum pactionibus non infirmatur. . . . .“

§. 9.

II. Jus naturale, gentium und civile.

Tit. I. de jure naturali et gentium et civili. (L 2.)
Tit. D. de justitia et jure. (I. 1.)

Ferner wird das Recht, und zwar vorzugsweise das Privatrecht, eingetheilt in *jus naturale* (b. a. u.), *gentium* (b. a. u.) und *civile* (b. a. u.) [a]). Von dieſen Begriffen kommen folgende Legal-Definitionen vor: „*Jus naturale* est, quod natura omnia animalia docuit“ [b]); „*Jus gentium* est, quo gentes humanae utuntur“ [c]), oder „quo omnes gentes utuntur“ [d]), oder auch „quod naturalis ratio inter omnes homines constituit“ [e]), oder „quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur“ [f]); „*Jus civile* est, quod quisque populus ipse sibi jus constituit“ [g]), oder „jus proprium ipsius civitatis“ [h]). — Unter dem jus naturale dachten ſich alſo die Römiſchen Juriſten den Inbegriff derjenigen Rechte oder Verhältniſſe, welche ſich auf die natürlichen Triebe aller lebenden Weſen gründen, wie z. B. die Begattung, die Erzeugung und Aufziehung der Kinder u. dgl., und legten daher dieſe Rechte oder die Empfänglichkeit dafür den Thieren eben ſo gut, wie den Menſchen bey [i]). — Zum jus gentium aber rechneten die Römiſchen Juriſten diejenigen Inſtitute und Rechtsbeſtimmungen, welche bey allen ihnen bekannt gewordenen cultivirten Völkern in übereinſtimmender Anwendung ſich vorfanden [k]), z. B. die Gottesverehrung, die Pflicht des Gehorſams gegen Aeltern und Vaterland, das Recht der Selbſtvertheidigung, die Sclaverey, die Freylaſſungen daraus, die meiſten Verträge u. ſ. w. [l]). Sie abſtrahirten alſo dieſes Recht aus der Erfahrung, nämlich aus der Uebereinſtimmung der Rechte geſitteter Völker [m]), weßhalb es auch bisweilen *commune omnium hominum jus*, oder auch *jus commune* ſchlechthin heißt [n]). Doch nahmen ſie neben dieſem äußern Merkmale bey dem jus gentium in der Regel auch auf das innere Kriterium der Vernunftmäßigkeit [o]) ſeiner Beſtimmungen oder Einrichtungen Rückſicht [p]); und darum wird dieſes Recht zuweilen auch *jus naturale* genannt [q]), und ausdrücklich bemerkt, daß ſein Alter bis auf die Entſtehung des Menſchen-

geſchlechts hinaufreiche [r]). — Viele zum jus gentium gehörige Einrichtungen und Beſtimmungen kamen ohne Zweifel ſchon in den früheſten Zeiten bey den Römern zur Anwendung; allein ein klares Bewußtſeyn vom jus gentium, und eine genaue Kenntniß der einzelnen dahin zu rechnenden Inſtitute konnte natürlich nur erſt allmählig eintreten, in Folge der erweiterten Bekanntſchaft der Römer mit andern Völkern und ihren Rechten. Es wurde aber durch die vermehrte Zahl der freyen Peregrinen im Römiſchen Staate, welche nicht nach den Grundſätzen des eigenthümlich Römiſchen Rechtes beurtheilt werden konnten, die Nothwendigkeit einer häufigern Berückſichtigung und Anwendung des jus gentium herbeygeführt. Auch blieb dieß nicht ohne bedeutenden Einfluß auf das Römiſche Recht ſelbſt; und vornehmlich waren es die Prätoren, welche durch ihre Edicte das jus gentium allmählig immer mehr mit dem nationalen Rechte der Römer verſchmolzen [s]). — Auf das Verhältniß des jus civile zum jus naturale und gentium bezieht ſich folgende Beſchreibung des Erſtern: „*Jus civile* est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit; itaque quum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est civile, efficimus“ [t]).

a) l. 1. §. 2. D. h. t. „Privatum jus tripertitum est; collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus.“ Vgl. auch §. 4. I. de justit. et jur. (I. 1.)

b) l. 1. §. 3. D. h. t. u. pr. I. h. t.

c) l. 1. §. 4. D. h. t.

d) Gaj. I. §. 1. — §. 1. I. h. t. u. l. 9. D. h. t.

e) Vgl. die in der vorigen Note citirten Stellen.

f) l. 1. pr. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.)

g) Gaj. I. §. 1. — §. 1. I. h. t. u. l. 9. D. h. t.

h) Vgl. die in der vorigen Note citirten Stellen.

i) l. 1. §. 3. D. h. t. „Nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae conjunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio; videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritia censeri.“ Vgl. auch pr. I. h. t. — Bey ſo klaren und unzweydeutigen Aeußerungen iſt es wohl ein

vergebliches Bemühen, von den Römischen Juristen den Vorwurf eines Irrthums hinsichtlich der auch den Thieren beygelegten Empfänglichkeit für das jus naturale dadurch abzuwenden, daß man sagt, sie hätten dieses Recht zwar auf die thierische Natur der lebenden Wesen begründet, aber es dennoch nur auf den Menschen bezogen; (wie es allerdings schon Isidor Origin. V. 4. aufgefaßt zu haben scheint: „*Jus naturale* est commune omnium nationum, eo quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua, habeatur; ut viri et feminae conjunctio," etc.) Auch spricht sich Ulpian's Ansicht über jene Rechtsgemeinschaft der Thiere deutlich in dem aus, was er über den Unterschied des jus gentium vom jus naturale in der l. 1. §. 4. D. h. t. bemerkt: „quod (scil. jus gentium) a naturali recedere facile intelligere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit." Dieß darf um so weniger befremden, da bedeutende Philosophen des Alterthums der nämlichen Ansicht waren. Cic. de re publ. III. 11. (od. 8.) „Non enim mediocres viri, sed maximi et docti, Pythagoras et Empedocles, unam omnium animantium conditionem juris esse denuntiant,. . . ."

k) In diesem Sinne ist der Begriff des jus gentium erst in neuern Zeiten, namentlich von Hugo (s. Dessen Rechtsgeschichte, z. B. S. 463. u. 464. d. 11ten Aufl.) aufgefaßt, und dann von Dirksen im Rhein. Museum Erst. Jahrg. Erst. H. S. 1 — 50. näher bestimmt und weiter ausgeführt worden. Es kam nämlich bey den zum jus gentium zu rechnenden Instituten nur darauf an, daß sie nach den wesentlichen Merkmalen ihres Begriffs dem Rechte aller den Römern bekannt gewordenen Völker gemeinsam waren, wenn auch die mehr zufälligen Voraussetzungen oder Wirkungen derselben sich bey verschiedenen Völkern verschieden gestaltet hatten. Vgl. Dirksen a. a. O. S. 10 — 14. u. S. 38.

l) l. 2 — 5. D. h. t. u. §. 2. in f. I. h. t. Ueber die einzelnen durch das jus gentium anerkannten Institute s. Dirksen a. a. O. S. 28 — 50. Darunter kommen allerdings auch solche vor, welche nicht dem Privatrechte, sondern dem öffentlichen Rechte (im weitern Sinne, wo es auch die Rechtsverhältnisse verschiedener Staaten oder Völker zu einander betrifft, s. die Einleit. §. 2.) angehören. Daher ist es freylich nicht ganz genau, daß von Ulpian und nach dessen Vorgang in Justinian's Institutionen (s. Note a)) die Eintheilung des Rechts in jus naturale, gentium und civile blos auf das Privatrecht bezogen wird; was wohl nur daraus zu erklären ist, daß man den Begriff des publicum jus auf das die innern Verhältnisse des Staates, oder dessen Verfassung betreffende Recht beschränkte (s. §. 8.), und gerade hierbey sich kein unmittelbarer Einfluß des jus gentium wahrnehmen ließ. Vgl. Dirksen a. a. O. S. 15.

m) Daher auch die Bemerkung von einem Institut des jus gentium: „apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus,. . . ." Gaj. I. §. 52. — §. 1. I. de his, qui sui vel al. jur. sunt. (I. 8.) u. l. 1. §. 1. D. eod. (I. 6.)

n) Gaj. I. §. 1. — §. 1. I. h. t. l. 6. pr. u. l. 9. D. h. t. Vgl. auch Cic. in Verrem Act. I. c. 4. in f.

o) Hierin glaubten die meiſten ältern Bearbeiter des Römiſchen Rechts ausſchließlich das characteriſtiſche Merkmal des jus gentium zu finden. Vgl. Dirkſen a. a. O. S. 1–3.

p) Daher wird bey den Beſtimmungen und Einrichtungen des jus gentium ſehr häufig erwähnt: die *naturalis ratio* (a. u.), Gaj. I. §. 89. u. 189. II. §. 66. u. 69. — pr. I. de nupt. (I. 10.) §. 35. I. de rer. divis. (II. 1.) l. 4. pr. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) l. 3. pr. D. de acquir. rer. domin. (XLI. 1.) l. 7. pr. D. de bon. damnat. (XLVIII. 20.) oder blos die *natura*, l. 14. D. de condict. indeb. (XII. 6.) l. 84. §. 1. D. de reg. jur. (L. 17.) oder das *jus naturae* oder *naturale*, l. 206. D. eod. §. 6. I. de Atil. tutor. (I. 20.) §. 37. u. 40. I. de rer. divis. (II. 1.) oder die *lex naturae* oder *naturalis*, l. 24. D. de statu hom. (I. 5.) l. 1. §. 3. D. de furt. (XLVII. 2.) oder die *naturalis aequitas* (a. u.) §. 40. I. de rer. divis. (II. 1.) l. 1. pr. D. de pact. (II. 14.) l. 1. pr. D. de pecun. const. (XIII. 5.) l. 9. §. 3. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) l. 19. pr. D. de captiv. (XLIX. 15.) u. ſ. w.

q) Z. B. Gaj. III. §. 131. — §. 11. I. h. t. pr. §. 1. 11. u. 41. I. de rer. divis. (II. 1.) u. l. 11. D. h. t. Hier wird das *jus naturale* ſo characteriſirt: „quod semper aequum ac bonum est," wie auf ähnliche Weiſe das jus gentium im Fragm. Dosith. §. 1. „ὃ γὰρ καλὸν καὶ δίκαιόν ἐστι . . ." — Uebrigens braucht auch Cicero de offic. III. 5. *natura* gleichbedeutend mit jus gentium, (wenn nämlich die Lesart „natura, *id est* jure gentium", der andern „natura *et* jure gentium", vorzuziehen iſt,) und damit ſtimmt auch ſeine allgemeine Aeußerung Tuscul. Disp I. 13. überein: „omni in re consensio omnium gentium, lex naturae putanda est;" doch nimmt er bisweilen *naturae jus* für das rein philoſophiſche Recht, z. B. de invent. II. 22. „*naturae* quidem *jus* esse, quod nobis non opinio, sed *quaedam innata vis* afferat, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem."

r) l. 1. pr. D. de acquir. rer. domin. (XLI. 1.) u. §. 11. I. de rer. divis. (II. 1.)

s) Vgl. von Savigny's Geſch. d. Röm. Rechts im Mittelalt. B. 1. S. 23. und Puchta, das Gewohnheitsrecht. Erſt. Th. S. 24–44.

t) l. 6. pr. D. h. t. — Cicero Top. 2. definirt das *jus civile* ſo: „aequitas constituta iis, qui ejusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas," und in der l. 11. D. h. t. wird es ſo characteriſirt: „quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est;" auf ähnliche Weiſe auch im Fragm. Dosith. §. 1.

Zuſatz 1. Die Unterſcheidung des jus gentium vom jus naturale oder naturae kommt, außer den oben angeführten Stellen, zwar auch

noch in manchen andern vor, z. B. bey Gellius VII. 3. §. 45., im Fragm. Dosith. §. 1., l. 64. D. de condict. indeb. (XII. 6.) l. 31. pr. D. depositi, (XVI. 3.) und bey Isid. Orig. V. 4.; doch ſcheint die dychotomiſche Eintheilung des Rechts in jus gentium oder naturale und jus civile bey den Alten gangbarer geweſen zu ſeyn. Vgl. z. B. Cic. de offic. III. 5. u. 17. und pro Sext. 42., Gaj. I. §. 1. und III. §. 131 — 133. §. 11. I. de rer. divis. (II. 1.) l. 9. und l. 11. D. h. t. l. 1. pr. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.)

Zuſatz 2. Die Anſicht, daß auch das jus gentium ein poſitives, nur nicht auf Eine Nation beſchränktes, ſondern über alle cultivirte Völker verbreitetes Recht ſey, ſpricht ſich beſonders in folgenden Stellen ſehr deutlich aus: Cic. Orator. partit. 37. „Juris est omnis ratio nobis explicanda. Quod dividitur in duas partes primas, naturam atque legem..... Atque haec communia sunt naturae atque legis; sed *propria legis* et ea, quae scripta sunt, et ea, quae sine literis, aut *gentium jure*, aut majorum more retinentur.“ De offic. III. 17. „Itaque *majores* aliud *jus gentium*, aliud jus civile esse *voluerunt*.“ — l. 9. D. h. t. u. §. 1. I. h. t. „Jus autem civile, vel gentium ita dividitur. Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur.“ §. 2. I. h. t. „Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus, gentes humanae quaedam sibi constituerunt.“ Theophil. I. 2. pr. „ὁ γὰρ πολιτείαν συνιζῶν, καὶ βουλόμενος νόμοις ταύτην κοσμῆσαι, ταῖς δυσὶ ταύταις προσέχων ὁδοῖς τὴν νομοθεσίαν ἐργάζεται. ἢ γὰρ ἐθνικοὺς τίθησιν, οὓς καὶ φυσικοὺς καταχρησικῶς καλοῦμεν, ἢ πολιτικοὺς....“ (Nam qui rempublicam constituit, eamque legibus ornare cupit, duabus his attendens viis legislationem conficit: aut enim *leges gentium sancit*, quas et naturales abusive appellamus, aut civiles.....) — Schon aus dieſem Grunde, ſo wie auch aus Rückſicht auf die Sclaverey, die unſere Quellen ſelbſt für ein dem natürlichen Rechte widerſtreitendes Inſtitut des jus gentium erklären, §. 2. I. h. t. §. 2. I. de jure pers. (I. 3.) pr. I. de libert. (I. 5.) l. 4. D. h. t. l. 4. §. 1. D. de statu hom. (I. 5.) l. 64. D. de condict. indeb. (XII. 6.), kann das jus gentium mit dem, was man jetzt unter Naturrecht verſteht, nicht für identiſch gehalten werden, obſchon es auf der andern Seite allerdings damit vergleichbar iſt. §. 11. I. h. t. „Naturalia quidem jura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent.“ — Unbegründet aber iſt die von Manchen angenommene Unterſcheidung eines zwiefachen jus gentium, eines ſog. primarium und eines ſog. secundarium; worüber vgl. Glück's Erläut. d. Pand. B. 1. S. 84.

Zuſatz 3. Bisweilen bezeichnet *jus gentium* auch das, was wir jetzt Völkerrecht nennen (vgl. §. 2. der Einleitung), z. B. bey Cic. pro

Rabir. Post. 15. l. 17. D. de legation. (L. 7.) und in dieſer Beziehung kommt auch das Beywort *publicum* vor, z. B. l. 5. D. de pact. (II. 14.).

Zuſatz 4. Der Ausdruck *jus civile* kommt in verſchiedenem Umfange und verſchiedenen Beziehungen vor. Im weiteſten Sinne nämlich, welcher den oben angeführten Legal-Definitionen zu Grunde liegt, bezeichnet er das poſitive Recht irgend eines Staates oder Volkes; vorzugsweiſe aber das des Römiſchen, Cic. Top. 5. — §. 2. I. h. t. l. 1. pr. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) welches auch ſpeciell jus civile Romanorum, oder jus Quiritium, oder jus Romanum heißt. §. 2. I. cit. Isid. Orig. V. 9. u. l. 1. §. 2. D. de rei vindic. (VI. 1.). Hiernächſt wird dieſer Ausdruck oft auch nur auf gewiſſe Arten oder Beſtandtheile des Römiſchen Rechts bezogen, namentlich auf das Privatrecht, im Gegenſatz des Criminalrechts, Cic. in Verr. Act. II. l. I. c. 42. u. pro Caecin. 2., insbeſondere aber auf dasjenige Recht, welches aus andern Quellen, als aus den Edicten der Obrigkeiten, entſprungen iſt, ſo daß dem *jus civile* in dieſem Sinne das *jus honorarium* oder *praetorium* gegenüber ſteht, Gaj. III. §. 36. 37. u. 71. Ulp. XXII. §. 23. u. 24. — pr. u. §. 1. I. de bon. possess. (III. 9. od. 10.) l. 7. §. 1. D. h. t. l. 1. §. 8. u. l. 3. §. 1. u. 2. D. de pec. constit. (XIII. 5.), und auf dieſe Bedeutung geht die in der l. 7. pr. D. h. t. vorkommende Beſchreibung: „*Jus civile* est, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentum venit.“ In einer noch engern Bedeutung bezeichnet *jus civile* das durch die herrſchend gewordenen Meinungen der Sachverſtändigen (prudentes) und unter ihrem Einfluſſe begründete Recht, (Juriſtenrecht,) l. 2. §. 5. u. 12. D. de orig. jur. (I. 2.) z. B. in der oft vorkommenden Redensart: *jure civili* (od. *in jure civili*) receptum est, l. 24. D. de condit. et demonst. (XXXV. 1.) l. 161. D. de reg. jur. (L. 17.) u. ſ. w., und vorzugsweiſe wird dieſer Ausdruck für das ältere Civilrecht gebraucht, z. B. Gaj. II. §. 197. 198. 206. 253. u. 255. Ulp. XXII. §. 19. XXIV. §. 11 — 13. u. 26. — pr. I. de usucap. (II. 6.) pr. I. quib. non permitt. fac. test. (II. 12.) §. 4. u. 6. I. de fideicommiss. heredit. (II. 23.) u. ſ. w. — Jene verſchiedenen Bedeutungen von *jus civile* kommen auch in andern Zuſammenſetzungen des Beyworts *civile* vor, z. B. *civilis* obligatio im Gegenſatz theils von der *naturalis* obligatio, l. 18. D. de SC. Macedon. (XIV. 6.) l. 8. §. 3. u. l. 21. §. 2. u. 3. D. de fidejussor. (XLVI. 1.), theils von der *praetoria* oder *honoraria*, §. 1. I. de obligat. (III. 13. od. 14.), theils von beyden zugleich, l. 1. §. 1. D. de novation. (XLVI. 2.) — *civilis* actio im Gegenſatz theils der *honoraria* actio, l. 3. §. 1. D. nautae, caupon. stabular. (IV. 9.) l. 25. §. 2. D. deoblig. et action. (XLIV. 7.), theils der *criminalis*, tit. C. quando civilis actio criminali praejudicet. (IX. 31.) u. ſ. w. — Uebrigens iſt hier noch bemerkenswerth, daß bisweilen *civile* über-

haupt das, was recht und billig, oder angemeſſen und ſchicklich iſt, bezeichnet, l. 78. §. 2. in fin. D. de jure dot. (XXIII. 3.) l. 83. §. 5. D. de verb. oblig. (XLV. 1.) l. 5. C. de furt. (VI. 2.) und das Gegentheil davon durch *incivile* ausgedrückt wird. Vgl. Brissonius de V. S. v. *incivile*.

Zuſatz 5. Das Wort *naturale* wird nicht blos für das, was dem jus naturale oder gentium angemeſſen iſt, ſondern überhaupt für das Natürliche, Naturgemäße, Wirkliche, in verſchiedenen Beziehungen und Gegenſätzen gebraucht, z. B. *naturalis* agger, l. 2. §. 5. D. de aqua et aquae pluv. arc. (XXXIX. 3.), *naturalis* feritas, l. 1. §. 10. D. si quadrup. pauper. fec. dic. (IX. 1.), *naturalis* libertas, l. 3. §. 2. u. l. 5. pr. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) — Nihil tam *naturale* est, quam etc. l. 35. D. de reg. jur. (L. 17.) *naturalis* ratio, l. 2. §. 1. D. de usufr. ear. rer. (VII. 5.) l. 7. §. 7. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) — *naturales* filii oder liberi im Gegenſatz theils der adoptivi, l. 5. D. de his, qui sui vel al. jur. s. (I. 6.) l. 5. u. 10. D. de senator. (I. 9.), theils der justi oder legitimi, tit. C. de natural. lib. (V. 27.), und eben ſo auch pater *naturalis* (a. u.) in dieſem doppelten Gegenſatz, l. 14. §. 2. u. l. 44. §. 4. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) u. ſ. w. Vgl. Brissonius i. a. W. v. *naturalis*, und Weber von der natürl. Verbindl. §. 55. Anm. 7.

§. 10.

III. Scriptum und non scriptum jus.

Die zum vorigen §. angeführten Titel.

Das *jus civile* in dem Sinne, wo es das poſitive Recht des Römiſchen Staates bedeutet (vgl. §. 9. Zuſ. 4.), wird wiederum hinſichtlich der Form ſeiner Erſcheinung eingetheilt in *scriptum jus* (n. a. u.) und *non scriptum jus* (n. a. u.) [a]). Zum scriptum jus werden in Juſtinian's Inſtitutionen [b]) folgende Rechtsquellen gerechnet: „*lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium.*“ Als non scriptum jus wird nur dasjenige Recht angeführt, „*quod usus comprobavit*“ [c]). Hieraus ergiebt ſich, daß dieſe Ausdrücke blos im natürlichen oder grammatiſchen Sinne genommen ſind, und demnach unter *scriptum jus* das ſchriftlich aufgezeichnete Recht, es mag durch ausdrückliche Geſetzgebung oder durch Gewohnheit begründet ſeyn [d]), unter *non scriptum jus* aber das ungeſchriebene Gewohnheitsrecht zu verſtehen iſt [e]).

a) §. 3. I. h. t. „Constat autem jus nostrum aut ex scripto, aut ex non scripto, ut apud Graecos τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι.“ — l. 6. §. 1. D. h. t. „Hoc igitur jus nostrum constat aut ex scripto, aut sine scripto, ut apud Graecos . . . . .“

b) §. 3. I. cit.

c) §. 9. I. h. t.

d) Denn daß ſowohl das aus den magistratuum edictis abſtammende, als das durch die responsa prudentium gebildete Recht urſprünglich nur als Gewohnheitsrecht betrachtet werden konnte, leidet keinen Zweifel, und wird in Anſehung des Erſtern ausdrücklich bezeugt von Cic. de invent. II. 22.

e) Unſere Juriſten verbinden mit den Ausdrücken *scriptum* und *non scriptum jus* ſehr verſchiedene Begriffe. Vgl. z. B. Glück Erläut. d. Pand. Th. 1. §. 82., Zimmern Geſch. d. Röm. Privatr. B. 1. §. 14., Mühlenbruch Lehrb. d. Pandekten-Rechts, Th. 1. (Halle, 1835.) §. 32. Gewöhnlich unterſcheidet man von der grammatiſchen Bedeutung dieſer Ausdrücke noch eine ſog. juriſtiſche, in welcher *scriptum jus* das auf dem ausdrücklich erklärten Willen des Geſetzgebers beruhende, alſo das promulgirte oder publicirte Recht, *non scriptum jus* aber das auf andere Art entſtandene Recht bezeichnen ſoll; allein dieſe Bedeutung läßt ſich im Röm. Rechte nicht nachweiſen. Für jenen natürlichen oder grammatiſchen Sinn ſpricht auch die im §. 10. I. h. t. an die vorgetragene Eintheilung geknüpfte hiſtoriſche Bemerkung: „Et non inelegantер in duas species jus civile distributum videtur. Nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet et Lacedaemonis, fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedaemonii quidem magis ea, quae pro legibus observarent, *memoriae mandarent;* Athenienses vero ea, quae in legibus *scripta* reprehendissent, custodirent.“ — Auch Cicero Orat. partit. 37. braucht die in Frage ſtehenden Ausdrücke lediglich im grammatiſchen Sinne: „Atque haec communia sunt naturae atque legis; sed propria legis et ea, quae *scripta* sunt, et ea, quae *sine literis*, aut gentium jure, aut majorum more retinentur. *Scriptorum* autem privatum aliud est, publicum aliud ..... Quae autem *scripta non sunt*, ea aut consuetudine, aut conventis hominum, et quasi consensu obtinentur.“ — Wenn übrigens das unter dem Einfluß der Juriſten gebildete Recht von Pomponius in der l. 2. §. 5. u. 12. D. de orig. jur. (I. 2.) als ungeſchriebenes bezeichnet wird, („haec disputatio et hoc jus, quod *sine scripto* venit compositum a *prudentibus*,“ etc. u. „jus civile, quod *sine scripto* in sola *prudentum* interpretatione consistit,“ etc.) ſo iſt dieß, wie auch der Zuſammenhang des §. 5. ergiebt, auf die Zeiten der Republik zu beziehen; ſeit Auguſt aber konnten die responsa prudentum, da ſie ſchriftlich und verſiegelt (signata) ertheilt wurden (l. cit. §. 47.), allerdings zum *scriptum jus* gerechnet werden. — Unvereinbar mit den angeführten Quellenzeugniſſen iſt die Behauptung von Thibaut in den Verſuchen über einz. Theile der Theorie

des Rechts, B. 1. Nr. 7., „daß die responsa prudentum weder zu dem geschriebenen noch dem ungeschriebenen Recht gehören."

Zusatz. Von Cicero Top. c. 5. werden zu den Bestandtheilen des jus civile, außer den oben angeführten, auch noch die *res judicatae* und die *aequitas* gerechnet: „.... jus civile .... id esse, quod in legibus, senatusconsultis, rebus judicatis, jurisperitorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat." Unter *res judicatae*, oder wie es in der l. 38. D. de legib. (I. 3.) heißt, *rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas*, ist nämlich das durch gerichtliche Entscheidungen (*praejudicia* in diesem Sinne, vgl. Ascon. Ped. ad Cic. in Caecil. c. 4. u. Quint. Inst. orat. V. 2.) sich bildende Recht, also der Gerichtsbrauch (vgl. die Einleit. §. 7. Note c) zu verstehen. Dieser ist eine Art des Gewohnheitsrechtes, und soll nach der l. 38 cit. in Bezug auf die Auslegung zweifelhafter Rechtssätze Gesetzeskraft haben. — Die *aequitas* aber gehört nicht sowohl zu den Formen der äußern Darstellung des Rechts, sondern ist vielmehr, insofern sie zu den Quellen des Rechts gerechnet werden kann, eine ideelle Rechtsquelle, ein leitendes Princip für Gesetzgebung und Rechtspflege. Es hat nämlich das vielsinnige und vielbesprochene, aber meist zu einseitig aufgefaßte Wort *aequitas* (seiner Grundbedeutung nach: Gleichheit, Gleichmäßigkeit, Ebenmaas,) in juristischer Beziehung hauptsächlich folgende Bedeutungen (worüber vgl. des Verfassers Progr. de *aequitatis* notione, ex sententia juris Romani recte definienda, Lips. 1835.): 1) Rechtsgleichmäßigkeit, d. h. die den Regeln der natürlichen Gerechtigkeit angemessene gleiche Behandlung gleicher Verhältnisse. Cic. Top. 4. „Valeat *aequitas*, quae paribus in causis paria jura desiderat." Id. pro Caecin. 21. „.... omnibus in causis idem valebit, in quibus perspicitur una atque eadem causa *aequitatis*." Id. Top. 2. „Jus civile est *aequitas* constituta iis, qui ejusdem civitatis sunt." Id. de offic. I. 19. „.... servare *aequitatem*, quae est justitiae maxime propria," und II. 12. desgl. in Catilin. IV. 1. Vergl. auch l. 20. D. de re judic. (XLII. 1.) l. 3. C. pro socio. (IV. 37.) u. l. 6. C. de injur. (IX. 35.) — In gleichem Sinne kommt auch *aequabilitas* vor, z. B. bei Cic. de orat. I. 42. u. II. 52., und in Gemäßheit dieser Bedeutung bezeichnet *aequitas* zuweilen auch die Gerechtigkeit selbst, z. B. bei Cic. de offic. II. 22. u. pro Quintio c. 2. Rhetor. ad Herenn. III. 2. „*Justitia* est *aequitas*, jus unicuique tribuens pro dignitate cujusque." — 2) Rechtsangemessenheit, d. h. die Uebereinstimmung eines Falles, Verhältnisses oder Rechtsmittels mit dem Geiste des Rechts, z. B. *aequitas causae*, Cic. ad Planc. in Epist. ad Attic. XVI. 16. B., *aequitas rei*, l. 74. §. 1. D. ad SC. Trebell. (XXXVI. 1.) oder *totius rei aequitas*, l. 31. §. 1. D. depositi. (XVI. 3.) ferner *aequitas actionis*, *petitionis*, *desiderii*, *defensionis*, ingl. *exceptionis*, *compensationis*, *restitutionis aequitas* u. s. w. Vergl. Brisso-

nius v. *aequitas* No. 3. Daß nun dabey ſowohl auf das natürliche, als das poſitive Recht Rückſicht genommen werde, ergiebt ſich aus der l. 1. §. 1. D. si is, qui testam. lib. (XLVII. 4.) „Haec actio *naturalem* potius in se, quam *civilem* habet *aequitatem*.“ — Im Zuſammenhange mit dieſer Bedeutung ſteht es, daß *aequitas* ſchlechthin bisweilen den Geiſt des Rechts (im Gegenſatz des buchſtäblichen Sinnes,) bezeichnet, z. B. bei Cic. pro Muren. c. 12. „In omni denique jure civili *aequitatem* reliquerunt, *verba ipsa* tenuerunt;“ desgl. pro Caecin. c. 13. 27. und 28., pro Plancio c. 17., de orat. I. 57. In dieſem Sinne ſcheint *aequitas* auch in der oben angeführten Stelle der Topik, wo ſie unter den Beſtandtheilen des jus civile aufgezählt wird, genommen werden zu müſſen. — 3) Vernunftmäßigkeit des Rechts, d. h. die Uebereinſtimmung poſitiver Rechtsbeſtimmungen mit dem ideellen Rechte, oder dem jus naturale und gentium, z. B. l. 1. pr. D. quod quisq. jur. in alter. stat. (II. 2.) „Hoc edictum summam habet *aequitatem*;“ l. 1. pr. D. de collat. (XXXVII. 6.) „Hic titulus manifestam habet *aequitatem*;“ beſonders in Verbindung mit dem Beywort *naturalis*, z. B. l. 19. pr. D. de captiv. (XLIX. 15.) „Idque *naturali aequitate* introductum est, ...“ l. 1. pr. D. de pact. (II. 14.) „Hujus edicti *aequitas naturalis* est.“ — Daher wird *aequitas* ſchlechthin und insbeſondere *naturalis aequitas* (ſ. a. u.) auch für das jus naturale oder gentium ſelbſt, oder das, was darauf beruht, gebraucht, z. B. bey Cic. Top. c. 7. „.... ut si quis jus in legem, morem, *aequitatem* dividat;“ l. 95. §. 4. D. de solution. (XLVI. 3.) „.... vinculum *aequitatis*, quo solo sustinebatur (scil. naturalis obligatio), conventionis *aequitate* dissolvitur.“ l. 9. §. 3. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) „Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, *jure gentium* nobis acquiruntur; nihil enim tam conveniens est *naturali aequitati* ....,“ §. 40. I. de rer. divis. (II. 1.) Per traditionem quoque *jure naturali* res nobis acquiruntur. Nihil enim tam conveniens est *naturali aequitati*.....“ Vgl. auch §. 39. I. eod. l. 1. pr. D. de minor. (IV. 4.) l. 66. D. de regul. jur. (L. 17.) — 4) Vernunftmäßigkeit in der Rechtspflege, d. h. die vernünftige Erwägung und Berückſichtigung der beſondern Umſtände eines jeden Falles oder Verhältniſſes bey der Rechtspflege, und Beobachtung des richtigen Verhältniſſes zwiſchen der Individualität des vorliegenden Falles und dem Geiſt der darauf anzuwendenden Rechtsnorm; l. 14. §. 13. D. de religios. (XI. 7.) „..... Et generaliter puto, judicem justum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius *aequitatem* sequi,....“ l. 4. §. 1. D. de eo, quod certo loco dar. op. (XIII. 4.) „.... In summa *aequitatem* quoque ante oculos habere debet judex, qui huic actioni addictus est.“ l. 14. pr. D. de divers. temporal. praescript. (XLIV. 3.) „De accessionibus possessionum nihil in perpetuum, neque generaliter definire possumus; consistunt enim in sola *aequitate*.“ In Hin-

ſicht auf vernünftige Rechtspflege wird auch den Obrigkeiten und Richtern ſelbſt *aequitas* zugeſchrieben, z. B. l. 12. D. rem pupilli salv. for. (XLVI. 6.) l. 3. C. de edendo. (II. 1.) l. 3. C. qui bon. ced. poss. (VII. 71.) l. 1. C. de interdict. (VIII. 1.) — 5) Billigkeit im engern Sinne, als die Ausgleichung des ſtrengen Rechts mit dem moraliſchen Princip und dem natürlichen Rechtsgefühl. l. 7. pr. D. de in integr. restitut. (IV. 1.) u. l. 183. D. de regul. jur. (L. 17.) „Etsi nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen ubi *aequitas* evidens poscit, subveniendum est.“ In dieſer Bedeutung wird *aequitas* oft dem *jus* (bisweilen auch *strictum jus* genannt,) entgegengeſetzt, z. B. bey Cic. de orat. I. 56. „.... *pro aequitate contra jus* dicere....“ Donat. in Terent. Adelph. Act. 1. sc. 1. v. 26. „Inter *jus* et *aequitatem* hoc interest: *Jus* est, quod omnia recta et inflexibilia exigit; *aequitas* est, quae de jure multum remittit.“ l. 32. pr. D. de pecul. (XV. 1.) „.... licet hoc *jure* contingat, tamen *aequitas* dictat....“, l. 2. §. 5. D. de aqua et aquae pluv. arc. (XXXIX. 3.) „.... haec *aequitas* suggerit, etsi *jure* deficiamur.“ l. 1. C. de legib. (I. 14.) Inter *aequitatem jusque* interpositam interpretationem .....“, l. 8. C. de judic. (III. 1.) „Placuit in omnibus rebus praecipuam esse justitiae *aequitatisque*, quam *stricti juris* rationem.“ l. 8. C. ad exhibend. (III. 42.) Doch werden bisweilen auch *jus* und *aequitas*, als übereinſtimmend in ihren Reſultaten, zuſammengeſtellt, (Recht und Billigkeit,) z. B. l. 25. D. de legib. (I. 3.) „Nulla *juris* ratio, aut *aequitatis* benignitas patitur .....“, l. 4. u. 8. C. de edendo. (II. 1.) — Uebrigens ſind an manchen Stellen Mehrere der angegebenen Bedeutungen von *aequitas* zugleich paſſend, z. B. l. 31. pr. D. depos. (XVI. 3.) „Bona fides, quae in contractibus exigitur, *aequitatem* summam desiderat.“ l. 90. D. de regul. jur. (L. 17.) „In omnibus quidem, maxime tamen in jure, *aequitas* sequenda sit;“ ſo wie auch gewöhnlich bey den Redensarten: „*aequitas suadet, suggerit, facit, non patitur, summae aequitatis est*,“ u. d. gl. — Einen noch viel weitern, über die Grenzen der Rechtsverhältniſſe hinausreichenden Sinn aber hat *aequitas* bey Cic. Top. c. 23. in fin. und Orator. partit. c. 37. — Was das Beywort *aequum* anlangt, ſo wird es zwar auch in unſern Quellen bisweilen im vulgären Sinne gebraucht, z. B. *aequae* partes oder portiones, l. 6. u. 29. pr. D. pro socio. (XVII. 2.) l. 67. §. 4. D. de legat. II. (XXXI.), im techniſchen Sinne aber entſpricht es den angegebenen Bedeutungen des Hauptworts, z. B. *aequum* jus, bey Tacit. Annal. III. 27., natura *aequum* est ..... l. 14. D. de condict. indeb. (XII. 6.) oder jure naturae *aequum* est ..... l. 206. D. de regul. jur. (L. 17.) u. ſ. w., und kommt oft in Verbindung mit *bonum* vor z. B. Cic. Orator. partit. 37. l. 1. pr. u. l. 11. pr. D. de justit. et jur. (I. 1.), beſonders ex *bono* et *aequo* (b. a. u.), z. B. Gaj. III. §. 137. tit. I. de consensu obligat. (III. 22. od. 23.) §. 30. u. 31. I. de ac-

tion. (IV. 6.) l. 2. §. 8. in fin. D. si quis caution. in judic. sist. (II. 11.) l. 30. D. de noxal. action. (IX. 4.) l. 22. in fin. D. de manumiss. testam. (XL. 4.)

§ 11.

Einzelne Arten des scriptum jus.

Gajus I. §. 2 — 7.

Th. C. de constitutionibus principum et edictis. (I. 1.) de diversis rescriptis. (I. 2.) de mandatis principum. (I. 3.) de responsis prudentum. (I. 4.)

Der zum §. 9. angeführte Titel der Institutionen. (I. 2.)

D. de legibus senatusque consultis et longa consuetudine. (I. 3.) de constitutionibus principum. (I. 4.)

C. de legibus et constitutionibus principum et edictis. (I. 14.) de mandatis principum. (I. 15.) de senatusconsultis. (I. 16.) de diversis rescriptis et pragmaticis sanctionibus. (I. 23.)

Von allen im vorigen §. aufgezählten Arten des scriptum jus, mit Ausnahme der magistratuum edicta, kommen Definitionen in unsern Quellen vor, und zwar folgende: „*Lex* (in dem hieher gehörigen Sinne) est, quod populus jubet atque constituit“ [a]), oder vollständiger, und mit Rücksicht auf die vergangene Zeit, „quod populus Romanus, senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat“ [b]). — „*Plebiscitum* est, quod plebs jubet atque constituit“ [c]), oder „quod plebs, plebejo magistratu interrogante, veluti tribuno, constituebat“ [d]), oder „quod sine auctoritate Patrum est constitutum“ [e]). — „*Senatusconsultum* est, quod senatus jubet atque constituit“ [f]), oder „quod solum senatu constituente inducitur sine lege“ [g]). — „*Constitutio Principis* est, quod Imperator decreto vel edicto vel epistola constituit“ [h]). — „*Responsa prudentium* sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est jura condere“ [i]). — Diese fünf Arten des scriptum jus werden unter dem gemeinschaftlichen Namen *jus civile* (vgl. Zus. 4. zum §. 9.) dem aus den obrigkeitlichen Edicten abstammenden *jus honorarium* [k]) oder *praetorium* (s. a. u.) entgegengesetzt, dessen Verhältniß zum Erstern so angegeben wird, daß es zur Unterstützung, Vervollständigung und Verbesserung des Civilrechts, um des allgemeinen Besten willen, eingeführt worden sey [l]). —

Hierüber, so wie über alle hier aufgezählten Rechtsquellen giebt die äußere Rechtsgeschichte nähere Auskunft.

a) Gaj. I. §. 3. — Uebereinstimmend damit ist Auct. ad Herenn. II. 13. „*Lege* jus est id, quod populi jussu sancitum est.“

b) §. 4. I. h. t. — Isidor Orig. V. 10. giebt folgende Beschreibung der *lex*: „constitutio populi, qua majores natu simul cum plebibus aliquid sanxerunt.“

c) Gaj. I. §. 3.

d) §. 4. I. h. t.

e) l. 2. §. 12. D. de orig. jur. (I. 2.) — Bey Isid. Or. V. 11. heißt es: „Scita sunt, quae plebs tantum constituunt; et vocata scita, quod ea plebs sciat, vel quod sciscitatur et rogat, ut fiat.“

f) Gaj. I. §. 4. u. §. 5. I. h. t.

g) l. 2. §. 12. D. cit. — Isid. Or. V. 12. „*Senatusconsultum* est, quod tantum senatores populis consulendo decernunt.

h) Gaj. I. §. 5. — Etwas ausführlicher ist die in der l. 1. §. 1. D. h. t. (I. 4.) und auf ähnliche Weise, jedoch mit einigen Weglassungen, im §. 6. I. h. t. vorkommende Beschreibung: „Quodcunque igitur Imperator per epistolam et subscriptionem statuit, vel cognoscens decrevit, vel de plano interlocutus est, vel edicto praecepit, legem esse constat; haec sunt, quas vulgo *constitutiones* appellamus.“ Indessen umfaßt diese Umschreibung eben so wenig, als die obige Definition von Gajus, alle Arten der kaiserlichen Constitutionen, indem der mandata principum keine Erwähnung darin geschieht. — Noch ungenügender ist, was Isid. Or. V. 13. sagt: „*Constitutio* vel *edictum*, quod rex vel Imperator constituit vel edicit.“

i) Gaj. I. §. 7. Auf gleiche Weise auch im §. 8. I. h. t., nur daß es hier statt „permissum *est*“ heißt: „permissum *erat*“, da die in der Definition berührte, und in dem darauf folgenden Satze näher angegebene Einrichtung zu Justinian's Zeit längst veraltet war. — Isid. V. 14. „*Responsa* sunt, quae Jurisconsulti respondere dicuntur consulentibus.“

k) l. 2. §. 12. D. de orig. jur. (I. 2.) „ . . . . . *magistratuum edictum*, unde *jus honorarium* nascitur . . . .“ §. 7. I. h. t. *Praetorum* quoque *edicta* non modicam juris obtinent auctoritatem. Hoc etiam *jus honorarium* solemus appellare, quod, qui honorem gerunt, id est magistratus, auctoritatem huic juri dederunt. Proponebant et aediles curules edictum de quibusdam casibus, (oder causis,) quod edictum *juris honorarii* portio est.“

l) l. 7. §. 1. D. de justit. et jur. (I. 1.) „*Jus praetorium* est, quod praetores introduxerunt *adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia*, propter utilitatem publicam; quod et *honorarium* dicitur, ad honorem praetorum sic nominatum.“ — l. 8. D.

eod. „Nam et ipsum *jus honorarium viva vox est juris civilis.*“

Zuſatz 1. Das Wort *lex* (wohl richtiger von *λέγειν*, als mit Cic. de leg. I. 6. und Isid. Or. V. 3. von *legere* abzuleiten,) hat im juriſtiſchen Sprachgebrauche verſchiedene Bedeutungen. Urſprünglich bezeichnet es eine Wortformel überhaupt, d. h. eine Formel, worin die Art und Weiſe, oder die Bedingungen für Etwas feſtgeſetzt werden, z. B. Manilianae venalium vendendorum *leges* bey Cic. de orat. I. 58. (bey Varro de re rust. II. 5. Manilii actiones genannt,) *lex Censoria*, Cic. in Verr. I. 55. u. de provinc. consul. c. 5. u. l. 203. D. de verb. signif. (L. 16.) Demgemäß hat auch die Redensart: *lex rogatur* oder *fertur* im alten Röm. Sprachgebrauch den Sinn: Es wird dem Volke eine Formel für einen zu faſſenden Beſchluß vorgelegt, oder ein Vorſchlag zu einem Geſetz oder irgend einer Verordnung gemacht; und erſt, wenn das Volk einen ſolchen Vorſchlag genehmigt hatte, (legem jubere oder sciscere,) bezeichnete *lex* den Volksſchluß ſelbſt oder das Geſetz in dieſem Sinne. Vgl. Ernesti Clavis Cicer. p. 1. u. 2. Aber auch in der Bedeutung von Volksſchluß wird *lex* bald im engern oder eigentlichen, bald im weitern Sinne genommen. Im engern Sinne nämlich, welcher den oben angeführten Definitionen von *lex* zu Grunde liegt, beſchränkt ſich dieß Wort blos auf die *populiscita*, (wie ſie bey Tacit. Annal. III. 58. heißen,) l. 7. pr. D. de. justit. et jur. (I. 1.) l. 2. §. 8. D. de orig. jur. (I. 2.) l. 7. §. 7. D. de pact. (II. 14.) u. ſ. w., und wird bisweilen vorzugsweiſe, ohne weitern Beyſatz, auf einzelne, vorzüglich wichtige Volksſchlüſſe dieſer Art bezogen, insbeſondere auf das Geſetz der zwölf Tafeln, aber auch auf andere. Vgl. Brissonius de verb. sign. v. *lex* No. 6. u. 7. Im weitern Sinne hingegen umfaßt es auch die *plebiscita*, z. B. in den bey Gellius X. 20. angeführten Definitionen von Atejus Capito: „*Lex* est generale jussum *populi aut plebis*, rogante magistratu,“ und „*plebiscitum* est *lex*, quam *plebes*, non populus, accipit;“ desgl. Gaj. I. §. 26. — §. 2. u. 7. I. de bonor. possess. (III. 9. od. 10.) tit. D. ut ex legib. senatusve consult. bon. poss. det. (XXXVIII. 14.), weßhalb auch einzelne plebiscita den Namen *lex* führen, z. B. *lex Aquilia*, l. 1. §. 1. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) *lex Furia*, *Voconia*, *Falcidia*, u. ſ. w. — Vom Begriffe des Volksſchluſſes aus wurde, vermöge der damit verbundenen Idee eines Geſetzes oder einer Rechtsverordnung, das Wort *lex* auch auf andere Rechtsquellen und Rechtsnormen übergetragen. Denn bisweilen bezeichnet es das Civilrecht, im Gegenſatz des honorariſchen Rechts, z. B. Gaj. III. §. 23. vgl. mit Paul. IV. 8. §. 22. u. Collat. XVI. 3. §. 20. desgl. l. 52. pr. D. de obligat. et action. (XLIV. 7.) „Obligamur . . . . . aut *lege*, aut *jure honorario* . . . . .“, und wird oft in einem noch umfaſſendern Sinne gleichbedeutend mit *scriptum jus* überhaupt gebraucht, z. B. Cic. de legib. I. 6. „. . . . necesse erit, ... eam *legem*, quae

scripto sancit, quod vult, aut jubendo aut vetando, ... appellare;“ Id. de invent. II. 54. „*Lege* jus est, quod in eo *scripto*, quod populo expositum est, ut observet, continetur;“ l. 9. D. de justit. et jur. (I. 1.) „Omnes populi, qui *legibus et moribus* reguntur, ...“ l. 5. §. 1. D. de extraord. cognit. (L. 13) „. . . . . status *legibus ac moribus* comprobatus . . . . .“ Vgl. auch l. 8. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) l. 3. §. 1. D. de donat. int. vir. et uxor. (XXIV. 1.) l. 19. pr. D. de captiv. (XLIX. 15.) l. 2. C. quemadm. testam. aper. (VI. 32.) und Isid. V. 3. „*Lex* est constitutio *scripta*;“ — oder auch auf einzelne, von Volksschlüssen verschiedene Arten des scriptum jus bezogen, z. B. auf das prätorische Edict, Cic. in Verr. I. 42. „. . . . . praetoris edictum *legem* annuam dicunt esse,“ l. 1. C. si minor se majorem dix. (II. 43.) l. 5. pr. u. l. 7. §. 1. C. de tempor. in integr. restitut. (II. 53.); auf Senatsschlüsse, vgl. Brissonius v. *lex* No. 5. u. D'Arnaud Var. Conj. II. 20.; desgl. auf kaiserliche Constitutionen, l. 1. §. 1. D. h. t. (I. 4.) u. §. 6. I. h. t. (s. Note h), §. 1. I. de success. cognat. (III. 5.) l. 3. C. h. t. (I. 14.) l. 6. pr. C. de secund. nupt. (V. 9.) l. 11. C. de natural. lib. (V. 27.), wie denn gerade die Letzteren im spätern Sprachgebrauche vorzugsweise *leges* (oder auch *leges novae* seit Constantin d. G., vgl. Isid. V. 1.) genannt wurden, im Gegensatz der mit dem Ausdruck *jus* bezeichneten Schriften der Juristen. Vgl. von Savigny Gesch. d. R. R. im Mittelalter, S. 46. u. 182. Note b) d. 2ten Ausg. — Aber schon zur Zeit der classischen Juristen war, da Volksschlüsse nicht mehr errichtet zu werden pflegten, jene allgemeinere Bedeutung von *lex* für scriptum jus (in deren Folge die Redensart: *lex rogatur* oder *fertur*, z. B. bey Ulp. praef. §. 3., den Sinn hat: es wird ein Gesetz gegeben,) die vorherrschende geworden, und sie liegt daher auch in Justinian's Digesten den allgemeinen Aeußerungen über *leges* gewöhnlich zu Grunde, z. B. l. 7. l. 17 — 19. l. 22. 24. 26 — 30. D. h. t. (I. 3.) l. 28. §. 7. D. de poenis. (XLVIII. 19.) l. 6. §. 1. D. de verb. signif. (L. 16.) — Endlich im allerweitesten Sinne ist *lex* so viel, als Gesetz überhaupt, oder Rechtsnorm irgend einer Art, Cic. de leg. I. 6. „. . . . ea (scil. *lex*) juris atque injuriae regula,“ Seneca de benef. IV. 12. „*legem* dicimus justi injustique regulam esse;“ gleichviel, ob sie dem natürlichen Rechte angehöre, l. 24. D. de statu hom. (I. 5.) „*Lex naturae* haec est . . . . .“, l. 1. §. 3. D. de furt. (XLVII. 2.) „quod *lege naturali* prohibitum est admittere“, oder positiven Ursprungs sey, Cic. Orator. partit. 37. „Quod (scil. jus) dividitur in duas partes primas, *naturam* atque *legem*,“ und in diesem Falle als öffentlich anerkannte Rechtsregel gelte, l. 1. D. h. t. (I. 3.) „*Lex* est commune praeceptum, virorum prudentum consultum, delictorum, quae sponte vel ignorantia contrahuntur, coërcitio, communis reipublicae sponsio,“ oder auf Privatautonomie beruhend, nur für die Interessenten verbindliche

Kraft habe, l. 1. §. 6. D. depos. (XVI. 3.) „. . . . . contractus . . . *legem ex conventione* accipiunt, l. 14. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.) „. . . . *legem testamento* dicere . . . " u. ſ. w. Aus der letztern Rückſicht iſt es erklärbar, daß *lex* bisweilen auch einen Vertrag bedeutet, z. B. *lex commissoria*, tit. D. de lege commiss. (XVIII. 3.) oder einzelne Beſtimmungen, Modalitäten oder Bedingungen eines Vertrags, z. B. *mancipii lex*, Cic. de orat. 1. 39., *lex contractus*, l. 8. D. de praescript. verb. (XIX. 5.), *lex venditionis*, l. 33. l. 60. u. l. 72. §. 1. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.), ea *lege* emere, l. 78. §. 2. D. eod. u. ſ. w. Vgl. Brissonius a. a. O. No. 11. u. 12. — Auch das Beywort *legitimum* kommt in verſchiedenen, wiewohl nicht in allen bey dem Hauptworte angegebenen, Beziehungen vor. Während es nämlich im eigentlichen Sinne das bezeichnet, was durch einen Volksſchluß (gleichviel, ob lex im engern Sinne, oder plebiscitum,) beſtimmt iſt, z. B. *legitima actio*, l. 14. §. 3. D. de praescript. verb. (XIX. 5.), *legigitima aetas*, l. 2. Th. C. de donat. (VIII. 12.) und vorzugsweiſe das, was auf den zwölf Tafeln beruht, Gaj. I. §. 155. Ulp. XI. §. 3. u. XII. §. 1. l. 5. pr. D. de legit. tutor. (XXVI. 4.) l. 13. D. de curator. furioso dand. (XXVII. 10.), wird es in einem weitern Sinne auch auf andere Quellen des Civilrechts, im Gegenſatz des prätoriſchen Rechts, bezogen, l. 2. §. 4. D. unde legitimi. (XXXVIII. 7.) l. 11. D. de suis et legit. hered. (XXXVIII. 16.) und alſo gleichbedeutend mit *civile* genommen, z. B. *praetorio jure et non legitimo* succedere, Gaj. IV. §. 34. (vgl. auch Gaj. III. §. 37. u. Ulp. XXVIII. §. 13.) poenales *actiones*, sive *legitimae*, sive *honorariae*, l. 32. pr. D. ad leg. Falcid. (XXXV. 2.), *actus legitimi*, l. 77. D. de regul. jur. (L. 17.), *legitima verba*, l. 8. C. de testam. tutel. (V. 28.) u. ſ. w., wie es denn auch in dieſem Sinne mit *justum* in Verbindung gebracht wird, z. B. *justa ac legitima* manumissio, Gaj. I. §. 17., *justum et legitimum* matrimonium, l. 6. C. de incest. nupt. (V. 5.) Bisweilen aber wird es auch für das gebraucht, was im prätoriſchen Recht beſtimmt iſt, l. 19. D. de minor. (IV. 4.) l. 7. §. 1. C. de tempor. in integr. restitut. (II. 53.), oder nach dieſem Rechte eben ſo gut, als nach dem Civilrechte, Statt finden kann, Gaj, IV. §. 109., und im weiteſten Sinne bedeutet es das Geſetzliche oder Rechtmäßige überhaupt, z. B. *legitimae nuptiae*, Cic. de invent I. 2., oder *legitimum matrimonium*, l. 24. D. de statu hom. (I. 5.), *legitima uxor*, l. 4. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) *legitimae probationes*, l. 40. pr. D. de testam. milit. (XXIX. 1.), insbeſondere das Poſitivrechtliche, ſo daß es dann dem blos Natürlichen oder Naturrechtlichen entgegengeſetzt wird, z. B. *legitimus* filius, im Gegenſatz des *naturalis*, l. 45. pr. D. de vulg. et pupill. substit. (XXVIII. 6.) *legitima* (oder civilis) cognatio, im Gegenſatz der *naturalis*, l. 4. §. 2. D. de grad.

et affin. (XXXVIII. 10.) *legitimum* und *naturale* jus, §. 14. I. de heredit. quae ab intest. defer. (III. 1.)

Zuſatz 2. Das Wort *constitutio* wird nicht blos für Verfügungen der Kaiſer, ſondern bisweilen auch für anderswoher entſtandene Rechtsbeſtimmungen oder Rechtsverordnungen gebraucht, z. B. **Rutiliana** *constitutio*, Vatic. Fr. §. 1., *civilis constitutio*, l. 1. pr. D. de privat. delict. (XLVII. 1.), *juris constitutio*, §. 2. I. de honor. possess. (III. 9. od. 10.) l. 16. D. de furt. (XLVII. 2.) l. 5. C. de repud. (V. 17.) l. 10. C. de testam. manumiss. (VII. 10.) oder auch *constitutio* ſchlechthin, l. 91. §. 3. 4. u. 6. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) Ein Gleiches gilt auch von dem Zeitwort *constituere*. Vgl. Dirkſen Beiträge zur Kunde des Röm. Rechts, S. 177. fg. Note 41) und S. 262. fg.

§. 12.

Non scriptum jus [a]).

Th. C. de longa consuetudine. (V. 12.)
Der zum vorigen §. angeführte Titel der Digeſten. (I. 3.)
C. quae sit longa consuetudo. (VIII. 53.)

Das *non scriptum jus*, d. h. das ungeſchriebene Gewohnheitsrecht (vgl. §. 10.), wird mit verſchiedenen, meiſtens von der äußern Erſcheinung oder Erkenntnißquelle deſſelben entlehnten Namen bezeichnet, als: *mos* [b]) oder *mores* [c]), auch *mos* oder *mores majorum* (ſ. a. u.) [d]), *diuturni mores consensu utentium comprobati* [e]), ferner *consuetudo*, bald ſchlechthin [f]), bald in Verbindung mit jenem Ausdruck: *mores* (oder *mos*) *et consuetudo* [g]), bald mit gewiſſen, auf die Länge der Zeit, oder das hohe Alter hindeutenden Prädicaten, z. B. *longa* [h]), *diuturna* [i]), *inveterata* [k]), *perpetua* [l]), *antiquitus probata et servata tenaciter* [m]), *vetustissima et jugiter observata* [n]), ingleichen *usus longaevus* [o]), aber auch *consuetudinis* oder *consuetudine jus* [p]), *jus moribus constitutum* [q]), *jus, quod usus comprobavit* [r]). — Auch kommen verſchiedene Definitionen davon vor, als: „*Consuetudine jus* est id, quod sine lege, aeque ac si legitimum sit, usitatum est“ [s]), oder „quod in morem vetustas vulgi approbatione perduxit“ [t]). — „*Consuetudinis jus* esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobarit“ [u]). — „*Mores* sunt tacitus consensus populi longa censuetudine inveteratus“ [v]), oder „communis consensus omnium simul

habitantium, qui inveteratus consuetudinem facit“ [x]). — „*Mos* est vetustate probata consuetudo, sive, lex non scripta“ [y]). — „*Consuetudo* est jus quoddam moribus institutum“ [z]). — Daß nun zur Begründung eines Gewohnheitsrechts eine beſtimmte, lange Zeit hindurch gleichmäßig beobachtete Handlungsweiſe erforderlich ſey, ergiebt ſich theils aus der Natur der Sache (vgl. §. 7. der Einleit.), theils aus den vorhin angeführten Bezeichnungen und Definitionen [aa]). Wie oft aber und wie lange jene Handlungsweiſe vorgekommen ſeyn müſſe, um die Exiſtenz eines dießfallſigen Gewohnheitsrechtes annehmen zu können, iſt weder im Röm. Rechte beſtimmt, noch auch, der Theorie nach, im Allgemeinen beſtimmbar, ſondern vielmehr in den einzelnen vorkommenden Fällen der richterlichen Beurtheilung zu überlaſſen [bb]). Nur darf in keinem Falle die Handlungsweiſe, welche zum Gewohnheitsrecht werden ſoll, auf einem Irrthume beruhen [cc]), oder einem ſchlechterdings gebietenden oder verbietenden Geſetz entgegenlaufen [dd]), oder ſonſt dem öffentlichen Intereſſe oder den guten Sitten widerſtreiten [ee]). — Es hat aber eine gehörig begründete Gewohnheit völlig gleiche Kraft mit einem ausdrücklichen Geſetz [ff]), nicht blos, um Lücken der Geſetzgebung auszufüllen, (was allerdings die Hauptbeſtimmung des Gewohnheitsrechtes iſt [gg]),) oder dunkele und zweydeutige Geſetze zu erklären [hh]), ſondern auch ſo, daß bisher gültig geweſene Geſetze durch entgegengeſetzte Gewohnheiten oder Entwöhnung (desuetudo) aufgehoben werden können [ii]), jedoch mit Ausnahme der abſolut gebietenden oder verbietenden Geſetze [kk]), inſofern nicht auch bey dieſen mit den veränderten Zeitumſtänden und Lebensverhältniſſen die Bedingung ihrer fernern Anwendbarkeit wegfällt [ll]); und der Grund von der Gültigkeit der Gewohnheiten liegt, nach der Anſicht des Röm. Rechts, in der durch gleichförmige Handlungsweiſe, gleichſam wie durch ſtillſchweigende Uebereinkunft, an den Tag gelegten und durch die Länge der Zeit befeſtigten Willensmeinung und rechtlichen Ueberzeugung (ſog. opinio necessitatis) des Volks, worin zugleich das eigentliche Weſen des Gewohnheitsrechts beſteht [mm])

a) Aus der dieſen Gegenſtand betreffenden Literatur mögen hier hervorgehoben werden: C. C. W. Klötzer Verſuch eines Beitrags zur Reviſion der

Theorie vom Gewohnheitsrecht. (Jena, 1813.) und G. F. Puchta das Gewohnheitsrecht. Th. 1. (Erlangen, 1828.)

b) Z. B. Cic. Top. c. 5. u. 7. — l. 8. pr. D. de acquir. hered. (XXIX. 2.)

c) Z. B. Ulp. praef. §. 4. u. XI. §. 2. u. 24. l. 1. §. 1. D. ad SC. Vellej. (XVI. 1.)

d) Z. B. Cic. Orat. partit. 37. Gell. XIII. 12. l. 5. D. de jurisdict. (II. 1.) l. 11. §. 1. D. de his, qui notant. infam. (III. 2.)

e) §. 9. I. de jure nat. et gent. et civ. (I. 2.)

f) Z. B. l. 37 — 39. D. h. t.

g) l. 32. pr. D. h. t. l. 7. pr. D. de offic. procons. (I. 16.) l. 31. §. 20. D. de aedilic. edict. (XXI. I.) l. 32. §. 6. D. de administ. tutor. (XXVI. 7.)

h) Z. B. l. 35. D. h. t. und in den oben angeführten Titelrubriken.

i) Z. B. l. 33. D. h. t.

k) Z. B. l. 32. §. 1. D. h. t.

l) Z. B. l. 6. pr. D. quod cujusc. universit. nom. (III. 4.)

m) l. 3. C. h. t.

n) l. 3. pr. C. de privileg. schol. (XII. 30.)

o) l. 2. C. h. t.

p) Auct. ad Herenn. II. 13. Cic. de invent. II. 22. u. 54.

q) l. 32. §. 1. D. h. t.

r) §. 9. I. de jure nat. et gent. et civ. (I. 2.)

s) Auct. ad Herenn. II. 13.

t) Cic. de invent. II. 54.

u) Cic. ibid. II. 22.

v) Ulp. praef. §. 4.

x) Varro bey Serv. ad Virgil. Aen. VII. 601.

y) Isid. Orig. V. 3.

z) Id. l. c.

aa) Vgl. auch l. 35. D. h. t. „. . . . quae longa consuetudine comprobata sunt ac *per annos plurimos* observata;“ l. 3. C. de aedific. priv. (VIII. 10.) u. l. 1. C. h. t. „. . . . probatis his, quae in oppido *frequenter in eodem controversiarum genere servata sunt* . . . .“

bb) Vgl. Puchta i. a. W. S. 93 — 95.

cc) l. 39. D. h. t. „Quod *non ratione introductum, sed errore* primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.“ Ueber verschiedene Erklärungen dieser Stelle s. Puchta i. a. W. S. 99 — 102.

dd) l. 1. pr. D. de usur. (XXII. 1.) „. . . . usurarum modus *ex*

more regionis .... constituitur, *ita tamen, ut legi non offendat.*“ Vgl. auch l. 13. §. 7. D. de injur. (XLVII. 10.) u. Note kk).

ee) l. un. Th. C. h. t. „. . . . Ideoque *cum nihil per causam publicam intervenit*, quae diu servata sunt, permanebunt.“ Nov. 134. c. 1. „. . . . τὰ γὰρ κακῶς ἐπινοούμενα οὐδὲ μακρᾷ συνηθείᾳ βεβαιοῦσθαι βουλόμεθα.“ (Quae enim male excogitata sunt, ea nec longa consuetudine confirmari volumus.)

ff) §. 9. I. de jure nat. et gent. et civ. (I. 2.) „. . .. diuturni mores consensu utentium comprobati *legem imitantur.*“ l. 32. §. 1. D. h. t. „Inveterata consuetudo *pro lege non immerito custoditur.*“ l. 35. D. h. t. „Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt, ... *non minus, quam ea, quae scripta sunt jura, servantur.*“ Vgl. auch l. 36. D. h. t. u. l. 1. u. 3. C. h. t.

gg) l. 32. pr. D. h. t. „*De quibus causis scriptis legibus non utimur*, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est.“ l. 33. D. h. t. „Diuturna consuetudo pro jure et lege *in his, quae non ex scripto descendunt*, observari solet.“ — Isid. V. 3. „. . . . jus quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, *cum deficit lex.*“ —

hh) l. 37. D. h. t. „. . . . optima enim est *legum interpres* consuetudo.“ l. 38. D. h. t. „. . . . . *in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur*, consuetudinem ..... vim legis obtinere debere.“

ii) §. 11. I. de jure nat. et gent. et civ. (I. 2.) „. . . . . quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent, vel *tacito consensu populi*, vel alia lege postea lata.“ l. 32. §. 1. D. h. t. „. . . . . Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam *tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.*“ — Auch geſchieht in unſern Quellen nicht ſelten ſolcher Geſetze oder einzelner geſetzlicher Beſtimmungen, die außer Gebrauch gekommen ſeyen, Erwähnung, z. B. bey Gaj. I. §. 111. l. 27. §. 4. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) §. 12. I. eod. (IV. 3.) l. un. pr. C. de caduc. toll. (VI. 51.) l. un. C. de dedit. libert. toll. (VII. 5.) Nov. 89. c. 15. pr.

kk) l. 2. C. h. t. „Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, *verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.*“ Ueber die verſchiedenen Erklärungen dieſer beſtrittenen Stelle ſ. die von Glück Erläut. d. Pand. Th. 1. S. 516 — 518. Note 27 — 29, Mackeldey Lehrb. d. heutigen Röm. Rechts §. 7. Note b) und Mühlenbruch Lehrb. d. Pandekten-Rechts, Th. 1. §. 39. Note 4) angeführten Schriftſteller.

ll) Bemerkenswerth iſt, was in dieſer Hinſicht der Juriſt Sext. Caecilius in dem Geſpräch mit dem Philoſophen Favorinus bey Gell. XX. I. äußert: „Non enim profecto ignoras, legum opportunitates et medelas, pro temporum moribus et pro rerum publicarum gene-

ribus, ac pro utilitatum praesentium rationibus, proque vitiorum, quibus medendum est, fervoribus, mutari atque flecti, neque uno statu consistere, quin, ut facies coeli et maris, ita rerum atque fortunae tempestatibus varientur. Quid salubrius visum est rogatione illa Stolonis jugerum de numero praefinito? Quid utilius plebiscito Voconio de coërcendis mulierum hereditatibus? Quid tam necessarium existimatum est propulsandae civium luxuriae, quam lex Licinia et Fannia aliaeque item leges sumtuariae? Omnia tamen haec obliterata et operta sunt civitatis opulentia quasi quibusdam fluctibus exaestuantis.“

mm) Dieß ergiebt ſich aus den in den oben angeführten Definitionen und Stellen (Note ff u. ii) vorkommenden Ausdrücken: *voluntas omnium, vulgi approbatio, tacitus consensus populi* oder *omnium, communis consensus omnium, consensus utentium,* womit auch der in der l. 35. D. h. t. gebrauchte Ausdruck „velut *tacita civium conventio*“ übereinſtimmt. Beſonders entſcheidend für dieſe Anſicht iſt auch folgende Aeußerung Julian's in der l. 32. §. 1. D. h t. „Nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod *judicio populi receptae sunt,* merito et ea, quae sine ullo scripto *populus probavit,* tenebunt omnes; nam quid interest, suffragio populus *voluntatem suam* declaret, an *rebus ipsis et factis*?“

Zuſatz 1. Die Ausdrücke *mos* (oder *mores*) und *consuetudo* werden oft auch im ſubjectiven Sinne gebraucht, der Erſtere für Betragen oder Sitten, (daher die häufig vorkommende Redensart: *contra bonos mores,*) vgl. Brissonius v. *mos* No. 2. u. 3., der Letztere für die gewohnte Weiſe überhaupt, z. B. Lebens- und Handlungsweiſe, (daher auch für den Umgang, namentlich den Geſchlechtsumgang,) ferner Sprechweiſe, (auch ſpeciell consuetudo loquendi genannt,) vgl. Brisson. v. *consuetudo* No. 2. u. 6., insbeſondere auch für die fortgeſetzte (und dadurch zur Gewohnheit gewordene) Ausübung einer Befugniß. l. 20. pr. D. de servitut. praed. urban. (VIII. 2.) l. 1. §. 23. D. de aqua et aquae pluv. arc. (XXXIX. 3.) l. 1. C. de servitut. (III. 34.) — Bisweilen wird auch ein Unterſchied zwiſchen *mos* und *consuetudo* gemacht, ſo daß *mos* die innere Ueberzeugung, ſofern ſie ſich äußerlich (durch Handlungen) darſtellt, *consuetudo* aber die durch Fortſetzung dieſer Aeußerung entſtandene Gewohnheit bezeichnet. Vgl. die in der Note x) citirte Stelle, Macrobius Saturn. III. 8. und Puchta i. a. W. S. 94. Note 3).

Zuſatz 2. Daß etwas durch Sitte und Gebrauch üblich geworden ſey, wird durch verſchiedene Redensarten angedeutet, z. B. *usitatum est,* l. 17. §. 6. D. de recept. (IV. 8.) l. 32. §. 6. D. de administr. tutor. (XXVI. 7.), *usurpatum est,* l. 1. §. 6. D. de extraord. cognit. (L. 13.) [was jedoch in der l. 13. §. 7. D. de injur. (XLVII. 10.) für ein ohne rechtlichen Grund herrſchend gewordenes, und daher ungültiges Verfahren vorkommt;] *moribus inductum* oder *in-*

troductum est, l. 82. pr. D. h. t., l. 8. pr. D. de praevaricat. (XLVII. 15.) l. 8. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) l. 2. pr. D. de vulg. et pupill. substit. (XXVIII. 6.), *moribus receptum est*, l. 8. pr. D. de his, qui sui vel al. jur. s. (I. 6.) l. 1. D. de donat. int. vir. et uxor. (XXIV. 1.), oder *consensu receptum est*, Gaj. III. §. 82. u. pr. I. de acquis. per arrogat. (III. 10. od. 11.) oder auch *receptum est* ſchlechthin, l. 12. §. 2. D. de judic. (V. 1.); doch wird der letztere Ausdruck noch häufiger von dem durch die Meinungen der Juriſten angenommenen Rechte gebraucht. Vgl. Brissonius v. *recipere* No. 6. — Von noch allgemeinerer Beziehung iſt die oft vorkommende Formel: *hoc jure* (oder *eo* oder *eodem* oder *quo jure*) *utimur*, wodurch überhaupt das jetzt geltende Recht bezeichnet werden ſoll, z. B. §. 4. I. de Atil. tutor. (I. 20.) Denn obwohl ſie vorzugsweiſe auf das durch die Meinungen der Juriſten geltend gewordene Recht bezogen wird, vgl. Brisson. v. *uti* No. 17., und daher bisweilen auch mit dem Ausdruck *receptum est* in Verbindung tritt, z. B. l. 14. D. de jurisdict. (II. 1.) l. 3. §. 3. D. de aqua et aquae pluv. arc. (XXXIX. 3.), ſo findet ſie ſich doch manchmal auch bey ſolchen Rechtsbeſtimmungen, welche unter dem Einfluß kaiſerlicher Reſcripte oder Decrete herrſchend geworden ſind, z. B. l. 3. pr. D. de minor. (IV. 4.) l. 26. pr. D. de condict. indeb. (XII. 6.) l. 18. pr. D. de his, quae ut indign. aufer. (XXXIV. 9.), oder gar ihren Urſprung erſt aus kaiſerlichen Conſtitutionen haben, z. B. l. 4. §. 7. D. ad leg. Jul. pecul. (XLVIII. 13.) §. 3. in f. I. de locat. et conduct. (III. 24. od. 25.) — Vgl. übrigens C. Ph. H. Thierbach de notione et indole formulae: *hoc jure utimur*. (Lips. 1819.)

§. 13.

IV. Jus commune und singulare.

In Hinſicht auf den Inhalt und deſſen Verhältniß zu andern Rechtsbeſtimmungen iſt das Recht entweder *jus commune* (a. u.) oder *jus singulare* (ſ. a. u.). *Jus commune* heißt nämlich in dieſem Gegenſatz [a]: das als allgemeine Regel geltende Recht [b]. *Jus singulare* aber (bisweilen auch *proprium jus* [c]) oder *proprium atque singulare jus* [d]), oder auch *lex specialis* [e]) genannt,) iſt das Recht, welches aus beſondern Gründen eine Ausnahme von der allgemeinen Rechtsregel, oder eine Abweichung von der ſtrengen Conſequenz des Rechts enthält; oder, wie es in der (aus Paulus lib. sing. de jure singulari entlehnten) Legaldefinition [f]) heißt: „quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est“ [g]). Es braucht ſich jedoch das jus singulare nicht nothwendig nur auf einzelne Perſonen,

Sachen oder Fälle zu beschränken, sondern kann sich auch auf ganze Classen von Personen [h]) oder Arten von Sachen [i]) erstrecken, oder eine bestimmte Gattung von Rechtsverhältnissen betreffen, und mithin auf Jeden, der in ein solches Rechtsverhältniß kommt, anwendbar seyn [k]); denn auch in Fällen der letztern Arten behält eine Rechtsbestimmung, ungeachtet des weiten Umfangs ihrer Anwendbarkeit, doch in so fern, als sie von einem bestimmten Rechtsprincip abweicht, den Character eines jus singulare. — Uebrigens gehört hierher auch das Wort *privilegium*, welches zwar im ursprünglichen und eigentlichen Sinne nur die auf Einzelne gerichteten gesetzlichen Verfügungen bezeichnet [l]), im weitern Sinne aber gleichbedeutend mit jus singulare überhaupt (besonders in der subjectiven Bedeutung,) gebraucht wird [m]).

a) Ueber andere, hierher nicht gehörige Bedeutungen von *jus commune* s. den Zusatz zum §. 8. und §. 9. Note n).

b) Paul. III. 4.a §. 3. l. 12. D. de minor. (IV. 4.) l. 7. D. de injust. rupt. testam. (XXVIII. 3.) l. 15. D. de vulg. et pupill. substit. (XXVIII. 6.) l. 20. pr. l. 34. §. 1. l. 36. §. 4. u. l. 38. §. 7. D. de testam. mil. (XXIX. 1.) l. 8. §. 4. D. de jure codicill. (XXIX. 7.) l. 17. §. 1. D. de castr. pecul. (XLIX. 17.) l. 10. C. de jure dot. (V. 12.) l. 3. C. de testam. mil. (VI. 21.) — Bisweilen bedeutet *jus commune* auch das gewöhnliche Recht, im Gegensatz eines in besondern Verhältnissen eintretenden Rechts, z. B. §. 7. I. de nupt. (I. 10.) l. 59. §. 4. D. mandat. (XVII. 1.) l. 6. D. de injur. (XLVII. 10.) l. 1. C. de pact. pign. (VIII. 35.)

c) Paul. III. 4.a §. 3.

d) l. 2. D. de testam. mil. (XXIX. 1.)

e) l. 24. D. de statu hom. (I. 5.)

f) l. 16. D. de legib. (I. 3.)

g) l. 15. D. eod. „In his, quae contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris.“ l. 51. §. 2. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) „..... Multa autem jure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse, innumerabilibus rebus probari potest.“ l. 23. §. 3. D. de fideicommiss. libert. (XL. 5.) Uebrigens bedeutet *jus singulare* bisweilen das eigenthümliche, in der besondern Natur eines Rechtsinstituts begründete Recht, z. B. l. 2. §. 2. D. de jure codicill. (XXIX. 7.) „Codicillorum jus singulare est, ...“

h) Dahin gehören z. B. die besondern Rechtsbestimmungen in Betreff der Minderjährigen, der Soldaten, der Frauenspersonen; ingl. mancher Arten von juristischen Personen.

i) z. B. Mündelgüter, Dotalgrundstücke u. d. gl.

k) Von dieser Art sind z. B. die Rechtsbestimmungen über den Vorzug mancher Forderungsrechte und mancher Pfandgerechtigkeiten, ingl. über die in gewissen Schuldverhältnissen eintretenden Rechtswohlthaten, u. s. w. Ueber andere jura singularia dieser Art vgl. l. 15. D. de reb. cred. (XII. 1.) l. 23. §. 1. u. l. 44. §. 1. D. de acquir. possess. (XLI. 2.) l. 44. §. 3. D. de usurpat. (XLI. 3.)

l) Gell. X. 20. „.... Non sunt enim generalia jussa, ... sed de singulis concepta; quocirca *privilegia* potius vocari debent, quia veteres *priva* dixerunt, quae nos *singula* dicimus.“ — Isid. Or. V. 18. „*Privilegia* sunt *leges privatorum*, quasi privatae leges. Nam *privilegium* inde dictum, quod in *privato* feratur.“ — Cic. pro domo c. 17. „....vetant XII. tabulae, *leges privis* hominibus irrogari: id est enim *privilegium*;“ und de legib. III. 19. „In *privos* homines *leges* ferri noluerunt: id est enim *privilegium*.“ Was die von Cicero in diesen beyden Stellen, ingl. pro Sext. c. 30. angeführte Verordnung der zwölf Tafeln, die er ohne Zweifel auch de legib. III. 4. bey den Worten: „*privilegia ne irroganto*“ berücksichtigt, anlangt, so ging ihr Sinn und Zweck nicht darauf, die Verleihung der Privilegien überhaupt aufzuheben, (denn dieß würde mit den auch nach dem Zwölftafelgesetz sowohl unter der republicanischen, als der monarchischen Verfassung sehr häufig vorkommenden Privilegien, deren Ertheilung keineswegs als eine gesetzwidrige Usurpation erscheint, unvereinbar seyn,) sondern nur darauf, die gegen Einzelne gerichteten Entscheidungen, welche zwar in gesetzlicher Form, aber ohne vorhergegangene rechtliche Untersuchung erlassen werden, zu verbieten. Vgl. Dirksen Civil. Abhandl. B. 1. S. 253. u. 254., und über verschiedene andere Erklärungen ebendas. S. 247 — 255.

m) l. 196. D. de. regul. jur. (L. 17.) l. 74. D. de jure dot. (XXIII. 3.) l. 1. D. de cess. bon. (XLII. 3.) l. 30. §. 2. D. de excusat. (XXVII. 1.) l. 9. §. 1. l. 40. 42. u. 44. §. 1. D. de administrat. tutor. (XXVI. 7.) l. 15. §. 1. D. de curator. furioso dand. (XXVII. 10.) l. 20. §. 1. u. l. 24. D. de testam. milit. (XXIX. 1.) l. 6. C. eod. (VI. 21.) l. 9. C. de testament. (VI. 23.) l. 37. pr. u. §. 1. C. de inoffic. testam. (III. 28.)

§. 14.

V. Generale und speciale jus.

Verschieden von der im vorigen §. vorgetragenen Eintheilung, obschon in gewisser Hinsicht auch mit ihr zusammentreffend, ist die auf den äußern Umfang der Gültigkeit bezügliche Eintheilung des Rechts in *generale jus* [a]) und *speciale* [b]). Während nämlich jenes seine Wirksamkeit über das ganze Staatsgebiet erstreckt, und auf Alle, bey denen die in einer solchen

Rechtsbeſtimmung vorausgeſetzten factiſchen Verhältniſſe eintreten, Anwendung leidet [c]), iſt dagegen dieſes hinſichtlich ſeiner Gültigkeit nur auf einen beſondern Diſtrict im Staate beſchränkt (Localrecht) [d]), oder gar nur für einzelne Fälle, Sachen oder Perſonen gegeben [e]). Verfügungen der letztern Art heißen *personales* constitutiones, und dürfen nicht auf andere Subjecte oder Objecte angewendet werden [f]). Auch iſt ihre Wirkſamkeit im concreten Falle von mancherley, theils ihre Veranlaſſung, theils ihren Inhalt, theils ihre Form und ihren Gebrauch betreffenden Bedingungen abhängig. Sie dürfen nämlich nicht durch wahrheitswidrige Vorſtellungen (precum mendacia) erſchlichen ſeyn; widrigenfalls ſie, je nachdem das öffentliche, oder nur ein Privat-Intereſſe dadurch gefährdet wird, entweder ſchon an ſich ungültig ſind [g]), oder doch von dem dadurch benachtheiligten Gegner angefochten werden können [h]), und dem Impetranten keinen Vortheil gewähren ſollen [i]); ja es ſoll ſogar den durch Bitten veranlaßten Reſcripten die Clauſel: „si preces veritate nitantur,“ ausdrücklich einverleibt ſeyn [k]). Aber auch ohne Rückſicht auf Erſchleichung ſoll ein dem allgemein gültigen Rechte oder der öffentlichen Wohlfahrt widerſtreitendes, oder das Recht eines Andern verletzendes Reſcript eben ſo aller Gültigkeit ermangeln [l]), wie ein ſolches, das nicht eigenhändig vom Regenten oder von der dazu beauftragten Behörde unterſchrieben [m]), oder nicht mit dem Datum verſehen iſt (sine die et consule) [n]). Endlich ſoll auch ein Reſcript, zu deſſen Wirkſamkeit die richterliche Concurrenz erforderlich iſt, bey dem competenten Gericht, und zwar im Originale, inſinuirt werden [o]).

a) Dieſer Ausdruck findet ſich in der l. 6. C. si contra jus vel util. publ. (I. 22.) und l. 2. C. de legib. (I. 14.) — Aehnliche Ausdrücke ſind: *generale edictum*, (als prätoriſches Edict,) l. 57. §. 1. D. de acquir. hered. (XXIX. 2.) oder *edictum generale*, (als eine Art kaiſerlicher Conſtitutionen,) l. un. C. de strator. (XII. 25.) — *generalis constitutio*, §. 6. I. de jure natur. et gent. et civ. (I. 2.) §. 1. I. per quas person. nob. acquir. (II. 9.) l. 6. Th. C. de constitut. princ. (I. 1.) — *generale praeceptum*, l. 4. Th. C. eod. — *generalis lex*, l. 3. C. de legib. (I. 14.) — *generalia rescripta* (a. u.), l. 3. §. 5. D. de sepulcro viol. (XLVII. 12.) l. 9. §. 2. D. de hered. instit. (XXVIII. 5.) — *generalis epistola*, l. 1. §. 2. D. de fugitiv. (XI. 4.) — Auch gehört hierher der Ausſpruch Ulpian's in der l. 8. D.

de legib. (I. 3.) „Jura non in singulas personas, sed *generaliter* constituuntur.“

b) *Speciale jus* ſcheint kein recipirter Kunſtausdruck bey den Römern geweſen zu ſeyn; doch kommt jenes Beywort in Verbindung mit ähnlichen Hauptwörtern vor, z. B. *speciale praeceptum*, l. 4. C. de jure fisci. (X. 1.) — *speciale privilegium* (a. u.), l. 37. pr. C. de inoffic. testam. (III. 28.) l. 9. C. de testam. (VI. 23.) l. 6. C. de incol. (X. 39.) — *speciale beneficium* (a. u.), §. 6. I. de hered. qualit. (II. 19.) l. 2. C. de sentent. pass. (IX. 51.) l. 4. Th. C. de constitut. princ. (I. 1.) Const. Summa reipublicae (de Justin. Cod. confirm.) §. 4. — *specialis largitas*, l. 6. C. de fruct. (VII. 51.) — Der Ausdruck *lex specialis* in der l. 24. D. de statu hom. (I. 5.) iſt gleichbedeutend mit *jus singulare* (ſ. §. 13.), und *specialia senatusconsulta* bey Gaj. I. §. 46. heißen ſolche Senatusconſulte, welche ihrem Inhalte nach ſich auf beſondere Fälle beziehen.

c) Gleichgültig für den Begriff des generale jus iſt es, ob dadurch ein jus commune oder ein jus singulare von allgemeiner Anwendbarkeit begründet werde.

d) Z. B. jus, quo urbs Roma utitur, l. 32. pr. D. de legib. (I. 3.) — lex municipalis oder municipii lex, l. 3. u. 6. D. de decret. ab ord. fac. (L. 9.) — regionis mos, l. 34. D. de regul. jur. (L. 17.) — consuetudo civitatis vel provinciae, l. 34. D. de legib.

e) Hier treffen die Begriffe *speciale jus* und *privilegium* (im urſprünglichen Sinne, vgl. §. 13.) zuſammen.

f) §. 6. I. de jure natur. et gent. et civ. (I, 2.) „. . . . hae sunt, quae constitutiones appellantur. Plane ex his quaedam sunt *personales*, quae nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc Princeps vult; nam quod alicui ob merita indulsit, vel si cui poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur. Aliae autem, cum *generales* sunt, omnes procul dubio tenent.“ Vgl. auch l. 1. §. 2. D. de constitut. princ. (I. 4.) — Uebrigens iſt mit dieſer blos den Inhalt und den Umfang der Anwendbarkeit betreffenden Eintheilung der kaiſerlichen Conſtitutionen nicht zu verwechſeln die zunächſt auf die Veranlaſſung und Form bezügliche Eintheilung derſelben in *edicta*, *mandata*, *decreta* und *rescripta* oder *epistolae*; wovon das Nähere in die äußere Rechtsgeſchichte gehört. Zwar treffen beyde Eintheilungen in ſo fern zuſammen, als die edicta allemal generales constitutiones ſind, l. 3. C. de legib. (I. 14.), und die personales constitutiones in Form von Reſcripten oder Decreten erlaſſen zu werden pflegten, l. 2. u. 3. C. eod.; indeſſen können auch Reſcripte und Decrete in die Kategorie der generales constitutiones gehören, (daher auch die Ausdrücke: generalia rescripta und generales epistolae, vgl. Note a)) wenn nämlich in ihnen, bey Gelegenheit des concreten Falles, ein allgemeiner Rechtsſatz ausgeſprochen iſt. Daher ſagt ſchon Gajus I. §. 5. von dem, quod Imperator *decreto* vel *epistola* constituit, eben ſo gut, als vom edictum: „nec unquam dubitatum est, quin id *legis*

vicem obtineat," was von Ulpian in der l. 1. §. 1. D. de constitut. princ. und nach ihm im §. 6. I. de jure natur. et gent. et civ. durch „*legem* esse constat" ausgedrückt wird; und Juſtinian ſchärft in der l. 12. C. de legib. von Neuem die einer kaiſerlichen Entſcheidung zukommende Geſetzeskraft für alle ähnliche Fälle ein, und weiſ't alle gegen die Auctorität einer vom Kaiſer gegebenen Interpretation eines Geſetzes erhobenen Zweifel als lächerlich zurück. — Zahlreiche Beyſpiele von Reſcripten mit allgemeinen Rechtsſätzen finden ſich theils in den Ueberbleibſeln der juriſtiſchen Claſſiker, theils und vornehmlich im Juſtinianiſchen Codex; und ein bemerkenswerthes Beyſpiel eines Decrets von allgemeiner Anwendbarkeit bietet das decretum Divi Marci in der l. 13. D. quod metus causa gest. er. (IV 2.) und l. 7. D. ad leg. Jul. de vi priv. (XLVIII. 7.) dar.

g) l. 9. (oder 7.) Th. C. de divers. rescript. (I. 2.) l. 20. Th. C. de annon. (XI. 1.) l. 7. J. C. eod. (X. 16.) l. un. Th. C. si nuptiae ex rescript. pet. (III. 10.) und l. 1. u. 2. J. C. eod. (V. 8.)

h) l. 1. Th. C. de dilation. (II. 7.) u. l. 2. J. C. eod. (III. 11.) — Die gegen ein durch wahrheitswidrige Vorſtellung erſchlichenes Reſcript dem Gegner zuſtändige Einrede heißt im Röm. Recht praescriptio mendaciorum, l. 2. C. si contra jus vel utilit. publ. (I. 22.), bey den Neuern, nach Verſchiedenheit der Fälle, exceptio subreptionis oder obreptionis. Vgl. Glück's Erläut. d. Pand. B. 1. S. 544. ff. Die Ausdrücke subreptio und obreptio kommen im Röm. Recht allerdings, jedoch ohne Unterſchied der Bedeutung, für Erſchleichung eines Reſcripts vor. Vgl. die in der Note g) angeführten Stellen und l. 2. C. de legib. (I. 14.)

i) l. 2. C. de legib. und l. 5. C. si contra jus vel util. publ. (I. 22.)

k) l. 7. pr. C. de divers. rescript. (I. 23.)

l) l. 2. (oder 1.) u. 3. Th. C. de divers. rescript. (I. 2.) l. 7. J. C. de precib. Imperatori offer. (I. 19.) u. l. 6. C. si contra jus vel util. publ. (I. 22.)

m) l. 6. C. de divers. rescript. (I. 23.) l. 12. pr. D. de distract. pign. (XX. 5.) u. Nov. 114. c. 1.

n) l. 1. Th. C. de constitut. princ. (I. 1.) u. l. 4. J. C. de divers. rescript. (I. 23.)

o) l. 3. C. eod., l. 5. pr. C. de. temp. in integr. restit. (II. 53.) l. 2. C. de dilat. (III. 11.) u. l. 5. C. de emancipat. (VIII. 49.)

§ 15.

Verſchiedenheit der Geſetze nach ihrem Inhalt und ihrer Wirkſamkeit.

Auf den Inhalt und die Wirkſamkeit der Geſetze bezieht ſich folgender Ausſpruch Modeſtin's[a]): „Legis virtus haec

est: *imperare, vetare, permittere, punire.*“ Hiernach ſind viererley Arten der Geſetze zu unterſcheiden: gebietende (leges imperativae ✻ oder praeceptivae ✻), verbietende (leges prohibitivae ✻), erlaubende (leges permissivae ✻) [b]) und Strafgeſetze (leges poenales) [c]). Die Letztern gehören freylich ihrem Inhalte nach entweder zu den gebietenden, oder zu den verbietenden Geſetzen, zeichnen ſich aber dadurch vor den übrigen aus, daß ſie den Uebertreter ihres Gebotes oder Verbotes mit einer Strafe bedrohen. — Die verbietenden Geſetze ſind nun wiederum, nach einer im ältern Rechte vorkommenden, uns jedoch nur unvollſtändig erhaltenen Eintheilung, entweder *perfectae*, oder *minus quam perfectae*, oder *imperfectae leges* [d]). *Perfecta lex* hieß wahrſcheinlich ein ſolches Prohibitivgeſetz, welches die dawider laufende Handlung für ungültig erklärt; *minus quam perfecta lex* ein ſolches, welches die entgegengeſetzte Handlung zwar nicht für ungültig erklärt, aber doch mit einer Strafe bedroht [e]); *imperfecta lex* ein ſolches, welches auf die verbotene Handlung weder Nichtigkeit, noch auch eine Strafe ſetzt [f]). Die Wirkung eines ſolchen Geſetzes beſteht in privatrechtlicher Hinſicht darin, daß zwar aus einem durch ſelbiges verbotenen Geſchäfte nicht mit Erfolg geklagt, vielmehr die dießfallſige Klage durch eine Einrede des Beklagten zurückgewieſen werden kann; daß aber, wenn das Geſchäft einmal erfüllt iſt, es dabey ſein Bewenden hat, und alſo das Geleiſtete nicht zurückgefordert werden kann; wie es vermöge einer perfecta lex allerdings der Fall ſeyn würde [g]). Dieſe Eintheilung der verbietenden Geſetze wird nun zwar in Juſtinian's Rechtsſammlungen nicht mehr erwähnt, weil nach einer Verordnung von Theodoſius II. Alles, was gegen ein Prohibitivgeſetz geſchieht, nebſt den daran ſich knüpfenden Folgen ungültig ſeyn ſoll, wenn es auch der Geſetzgeber nicht ausdrücklich erklärt hätte [h]); allein der Sache nach findet ſich jener Unterſchied der Geſetze allerdings auch noch im Juſtinianiſchen Rechte [i]).

a) l. 7. D. de legib. (I. 3.) — Vgl. auch Isid. Or. V. 19.

b) Ueber dieſe drey Arten der Geſetze ſ. §. 3. der Einleitung.

c) Gaj. I. §. 128.

d) Nämlich von dieſer Eintheilung hat ſich im Eingange von Ulpian's

Fragmenten nur die Begriffsbeſtimmung der minus quam perfecta lex nebſt einem Beyſpiele davon, und bey Macrobius gegen das Ende vom Somnium Scipionis die Bezeichnung der imperfecta lex erhalten. Daraus aber ergiebt ſich von ſelbſt die Nothwendigkeit, auch den Begriff der perfecta lex anzunehmen. — Ueber die verſchiedenen Verſuche, den unvollſtändigen Anfang von Ulpian's Fragmenten zu ergänzen, vgl. des Verfaſſers Animadvers. critic. ad Ulpiani Fragm. Spec. I. p. 24 — 37.

e) Ulp. praef. §. 2. „*Minus quam perfecta lex* est, quae vetat aliquid fieri, et, si factum sit, non rescindit, sed poenam injungit ei, qui contra legem fecit; qualis est lex Furia testamentaria, quae plus quam mille assium legatum mortisve causa prohibet capere, praeter exceptas personas, et adversus eum, qui plus ceperit, quadrupli poenam constituit.“

f) Macrob. Comment. in Somnium Scip. II. c. 17. sub fin. „. . . . inter leges . . . illa *imperfecta* dicitur, in qua nulla deviantibus poena sancitur.“ — Ein merkwürdiges (jedoch nicht in's Privatrecht gehöriges, und daher auch nur zum Theil hierher paſſendes) Beyſpiel einer imperfecta lex iſt die *Valeria* lex, deren Liv. X. c. 9. gedenkt: „Valeria lex, quum eum, qui provocasset, virgis caedi securique necari vetuisset, si quis adversus ea fecisset, *nihil ultra, quam improbe factum, adjecit.* — Id (qui tum pudor hominum erat,) visum, credo, vinculum satis validum legis; nunc vix serio ita minetur quisquam.“ — Ein privatrechtliches Beyſpiel einer ſolchen lex war höchſt wahrſcheinlich die lex *Cincia*, wovon das Nähere an einem andern Orte.

g) Vgl. von Savigny, Ueber die lex Cincia, in der Zeitſch. für geſchichtl. Rechtsw. B. 4. S. 21 — 24. und des Verfaſſers Animadv. crit. ad Ulp. Fr. Spec. I. p. 33.

h) Nov. Th. C. 10. oder l. 5. J. C. de legib. (I. 14.) „. . . . . Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt, lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes, tam veteres quam novellas, trahi generaliter imperamus, ut legislatori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat, ceteraque quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere, hoc est, *ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere, quod factum est.* Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus.“

i) So ſind z. B. die l. 1. und 2. C. de secund. nupt. (V. 9.) minus quam perfectae leges, und eine imperfecta lex iſt, wenn auch nicht der Form, doch dem Gehalte nach, das Senatusconsultum *Macedonianum*. l. 1. pr. l. 4. l. 7. §. 10. 15. u. 16. l. 9. §. 5. l. 10. u. 11. D. de

SC. Macedon. (XIV. 6.) §. 6. I. quod cum eo, qui in aliena potest. est, (IV. 7.) u. l. 40. pr. D. de condict. indeb. (XII. 6.)

Zusatz 1. Manche unserer Juristen fügen der obigen dreyförmigen Eintheilung der Prohibitivgesetze noch, als ein viertes Glied, eine plus quam perfecta lex bey, und verstehen darunter ein solches Prohibitivgesetz, welches die entgegengesetzte Handlung nicht allein für ungültig erklärt, sondern auch mit einer Strafe bedroht; allein so wenig sich auch die Realität solcher Gesetze (welche in die Kategorie der poenales leges gehören,) bezweifeln läßt, so bedenklich erscheinet doch die Statthaftigkeit jenes Begriffs und Ausdruckes schon um deßwillen, weil über das Vollkommene hinaus, streng genommen, nicht noch etwas Vollkommeneres angenommen werden kann. Vgl. des Verfassers angef. Animadv. crit. Sp. I. p. 25.

Zusatz 2. Ueber den Unterschied der verba legis dispositiva * und enunciativa * vgl. Glück's Erläut. d. Pand. B. 1. S. 46 — 51.

§. 16.

Bedingung und Dauer der Wirksamkeit eines Gesetzes.

Da eine gesetzliche Verfügung überhaupt nicht eher ihre Wirksamkeit äußern kann, als bis sie zur Kenntniß derer, die sich darnach richten sollen, gelangt ist, so ist bey solchen Gesetzen, welche allgemein verbindliche Rechtsnormen aufstellen, die öffentliche Bekanntmachung derselben (legum promulgatio [a]) als die Bedingung ihrer Verbindungskraft anzusehen [b]). Daher kann auch ein Gesetz in der Regel nur auf zukünftige Fälle angewendet, nicht aber auf vergangene, d. h. bereits vor der Publication dieses Gesetzes eingetretene Thatsachen zurückgezogen werden [c]), (* lex nova ad praeterita trahi nequit, * oder * lex non est trahenda ad praeterita, *) außer wenn entweder im Gesetze selbst ausdrücklich das Gegentheil verordnet ist [d]), oder nur eine authentische Interpretation eines frühern Gesetzes darin vorkommt [e]); doch dürfen auch selbst dann solche Fälle, welche bereits durch ein rechtskräftiges Urtheil entschieden, oder durch Vergleich beygelegt oder sonst völlig beendigt sind, nicht wieder aufgeregt und unter die Herrschaft des neuen Gesetzes gestellt werden [f]). — Es dauert nun aber die Verbindungskraft eines Gesetzes, sofern es nicht seinem Gegenstande oder Zwecke nach ein blos vorübergehendes ist, so lange fort, bis es durch eine entgegengesetzte Rechtsnorm, diese beruhe nun auf

einem ausdrücklichen Geſetz oder einer Gewohnheit, wieder aufgehoben oder abgeändert wird [g]). — Uebrigens beziehen ſich auf die Veränderungen, die einem bisher beſtandenen Geſetze durch neuere Rechtsnormen widerfahren können, folgende techniſche Ausdrücke: *lex* (oder legi) *abrogatur*, d. h. das Geſetz wird aufgehoben; *lex* (oder legi) *derogatur*, d. h. ein Theil des frühern Geſetzes wird aufgehoben; *lex* (oder legi) *subrogatur*, d. h. es wird dem frühern Geſetze Etwas beygefügt, und *lex* (oder legi) *obrogatur*, d. h. es wird Etwas am frühern Geſetze abgeändert, nämlich durch Aufſtellung einer entgegenſtehenden Vorſchrift [h]).

a) Im alten claſſiſchen Sprachgebrauch gingen freylich die Ausdrücke *legem promulgare* und *promulgatio* auf die öffentliche Bekanntmachung eines Geſetzesvorſchlags, welche nöthig war, ehe darüber in den Comitien geſtimmt werden konnte, Cic. pro lege Manil. 17. Philipp. I. 10. u. V. 3., de legib. III. 19.; allein im ſpätern Röm. Sprachgebrauch, wo die urſprüngliche Bedeutung keine Anwendbarkeit mehr hatte, kommen jene Ausdrücke für die Bekanntmachung von Geſetzen oder andern Verfügungen vor. l. 7. (oder 3.) Th. C. de liberali caus. (IV. 8.) l. 2. u. 8. J. C. de legib. (I. 14.) prooem. I. §. 1. in f.

b) l. 3. C. de legib. (I. 14.) „Leges ut generales ab omnibus aequabiliter in posterum observentur, quae vel missae ad venerabilem coetum oratione conduntur, vel inserto edicti vocabulo nuncupantur. . . . . Nam satis est edicti eas nuncupatione censeri, vel *per omnes populos judicum programmatibus divulgari*, ... “ l. 9. C. eod. „Leges sacratissimae, quae constringunt omnium vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi, praescripto earum manifestius cognito, vel inhibita declinent, vel permissa sectentur.“ Nov. 66. c. 1. pr. — Dieſe Beſtimmungen beziehen ſich freylich nur auf Edicte. Denn bey Mandaten, Decreten und Reſcripten kam eine öffentliche Bekanntmachung in der Art, wie bey Edicten und ehedem bey Volks- oder Senatsſchlüſſen, nicht vor; woraus es erklärbar iſt, daß die Röm. Juriſten bisweilen ſich ziemlich unbeſtimmt über die Exiſtenz eines kaiſerlichen Decrets oder Reſcripts äußern, z. B. Gaj. II. §. 221. „. . . . . quae sententia *dicitur* Divi Hadriani constitutione confirmata esse;“ l. 1. §. 14. D. ad leg. Falcid. (XXXV. 2.) „. . . . . Sed et Divus Antoninus judicasse *dicitur*, ... “ Daß aber nichtsdeſtoweniger auch kaiſerliche Entſcheidungen concreter Fälle, oder nur an beſtimmte Perſonen erlaſſene Verfügungen der Kaiſer gewöhnlich zur allgemeinen Kenntniß derer, die ſich dafür intereſſirten, gelangen konnten und wirklich gelangten, (was in den meiſten Fällen ſchon durch die Oeffentlichkeit der Rechtspflege erleichtert wurde,) beweiſen die häufigen An-

führungen kaiserlicher Decrete und Rescripte von Seiten der Juristen, und die zu verschiedenen Zeiten veranstalteten Rescripten-Sammlungen.

c) Dieser Grundsatz scheint schon frühzeitig bey den Römern anerkannt worden zu seyn. Denn nach der Behauptung Cicero's in Verrem Act. II. l. I. c. 42. waren alle Volksschlüsse, welche etwas Neues enthielten, so abgefaßt, daß sie nur auf künftige Fälle gingen, (obgleich hinsichtlich des in der lex Atinia gebrauchten Ausdrucks „subreptum erit" selbst Juristen aus der Zeit der Republik zweifelten, ob er nur von der Zukunft oder auch von der Vergangenheit zu verstehen wäre, Gellius XVII. 7.) und gerade darauf gründet Cicero in der angeführten Rede c 41 — 43. einen heftigen Angriff gegen Verres, daß dieser, als Prätor, eine Bestimmung seines Edicts für die Rückanwendung auf einen bereits eingetretenen Fall berechnet habe. — Mit jener Behauptung Cicero's stimmt auch die wörtlich uns erhaltene Fassung der lex *Falcidia* überein: „Qui cives Romani sunt, qui eorum *post hanc legem rogatam* testamentum facere volet, ..." und im zweiten Capitel: „Quicunque civis Rom. *post hanc legem rogatam* testam. faciet, ..." — Auch in kaiserlichen Constitutionen wird der obige Grundsatz, sey es im Allgemeinen oder in Bezug auf einzelne Gesetze, wiederholt ausgesprochen, z. B. l. 65. in f. C. de decurion. (X. 31.) „. . . . . cum conveniat, leges *futuris regulas imponere, non praeteritis calumnias excitare.*" l. 23. in f. C. mandat. (IV. 35.) l. un. in f. C. de rei uxor. act. (V. 13.) l. 29. in f. C. de testam. (VI. 23.) l. un. §. 15. C. de caduc. toll. (VI. 51.) Nov. 22. c. 1. u. Nov. 66. c. 1. §. 4. (Vgl. auch die folgende Note.)

d) l. 7. C. de legib. (I. 14.) „Leges et constitutiones *futuris* certum est dare formam negotiis, *non ad facta praeterita revocari*, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit." — Es finden sich aber von solchen kaiserlichen Constitutionen, welche nach ausdrücklicher Vorschrift derselben auch auf die Vergangenheit zurückgezogen werden sollten, nicht wenige Beyspiele. Vgl. Brissonius de V. S. v. *lex* No. 10.

e) Nov. 19. pr. in f.

f) l. 1. §. 12. D. ad SC. Tertull. (XXXVIII. 17.) vergl. mit l. 229. u. 230. D. de verb. signif. (L. 16.) — l. 21. in f. C. ad SC. Vellej. (IV. 29.) l. 17. C. de fide instrum. (IV. 21.) l. un. in f. C. de contract. judic. (I. 53.) l. 2. §. 23. C. de vet. jur. enucl. (I. 17.) Nov. 19.

g) Vgl. die zum §. 12. in den Anmerk. ii) und kk) angef. Stellen.

h) Ulp. praef. §. 3. „*Lex* . . . . . aut *abrogatur*, id est, prior lex tollitur, aut *derogatur*, id est, pars *primae legis* (statt der Lesart der Handschrift „*prima*") tollitur, aut *subrogatur*, id est, adjicitur aliquid primae legi, aut *obrogatur*, id est, mutatur aliquid ex prima lege." — l. 102. D. de verb. signif. (L. 16.) „Derogatur legi, aut abrogatur; *derogatur legi*, quum pars detrahitur; *abro-*

gatur legi, quum prorsus tollitur.“ — Paul. Diac. Excerpt. ex Fest. „*Derogare* proprie est, quum quid ex lege vetere, quo minus fiat, sancitur lege nova. Derogare ergo detrahere est.“ — Id. „*Exrogare* est, ex lege vetere aliquid eximere per novam legem.“ — Id. „*Obrogare* est, legis prioris infirmandae causa legem aliam ferre.“ — Vgl. auch Brissonius de V. S. v. *abrogare*, und Dirkſen's Beiträge zur Kunde d. Röm. Rechts, S. 294 — 297.

Zuſatz. Die Regel, daß Geſetze ſofort nach ihrer Publication in Wirkſamkeit treten, leidet alsdann eine Ausnahme, wenn für ein Geſetz ausdrücklich eine Zwiſchenfriſt, vor deren Ablauf es noch nicht gelten ſoll (vacatio), beſtimmt iſt; wie dieß namentlich bey der lex *Julia* de maritandis ordinibus der Fall war, (vgl. Sueton. Octav. c. 34. „Hanc ..... prae tumultu recusantium perferre non potuit, nisi....., *vacatione triennii* data ....“, Dio Cass. LVI. 7. und Heineccii ad leg. Iul. et Pap. Popp. Comment. p. 48. u. 177.) aber auch noch im neueſten Röm. Rechte bey manchen Geſetzen vorkam. Vgl. z. B. Nov. 58. Nov. 66. c. 1. pr. und Nov. 116. c. 1.

§. 17.

Verhältniß mehrerer, ſich widerſprechender Rechtsnormen zu einander. A) Im Allgemeinen.

Wenn zwiſchen mehrern Rechtsnormen ein Widerſtreit vorkommt, ſo geht in Hinſicht auf practiſche Gültigkeit und Anwendung die neuere Rechtsnorm der ältern vor, (* lex posterior [oder jus posterius] derogat priori *) [a]), gleichviel, ob ſie auf einem ausdrücklichen Geſetz oder einem Gewohnheitsrecht beruht [b]). — Es leidet aber dieſer Grundſatz alsdann eine Modification, wenn von den ſich entgegenſtehenden Rechtsnormen die Eine eine generelle, und die Andere eine ſpecielle iſt. Hier wird nämlich in der Regel Keine von beyden durch die Andere geradezu aufgehoben, ſondern nur die generelle Rechtsnorm durch die ſpecielle beſchränkt, ſo daß jene in ſolchen Fällen, auf welche ſich die ſpecielle bezieht, nicht zur Anwendung kommt. (* Lex specialis derogat generali *) [c]). Wenn jedoch durch die neuere generelle Rechtsvorſchrift ausdrücklich allen entgegenſtehenden, auch noch ſo ſpeciellen Rechtsnormen ihre Gültigkeit entzogen wird, oder dieß wenigſtens nach dem Geiſt und Zweck der neuern generellen Vorſchrift mit Gewißheit anzunehmen iſt, ſo muß dann derſelben auch jede ſpecielle Rechtsnorm weichen [d]).

a) Bey **Livius IX. c. 34.** heißt es: „**ubi duae contrariae leges sunt, semper antiquae obrogat novae.**“

b) Dieſe ſchon in der Natur der Sache, d. h. in der Nothwendigkeit der Fortbildung und Umgeſtaltung des poſitiven Rechts, und in dem Grunde und Zwecke neuer, von ältern abweichender Rechtsnormen, begründete Regel wird auch in unſern Quellen wiederholt ausgeſprochen. Nach **Liv. VII. c. 17.** war ſchon in den zwölf Tafeln die Vorſchrift enthalten: „**ut, quodcunque postremum populus jussisset, id jus ratumque esset;**“ doch iſt ſie von den Neuern verſchieden gedeutet worden. Vgl. **Dirkſen's** Ueberſicht der bisherigen Verſuche zur Kritik und Herſtellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente, S 699 — 701. — In Bezug auf kaiſerliche Conſtitutionen drückt jenen Grundſatz **Modeſtin** in der **l. 4. D. de constitut. princ. (I. 4.)** ſo aus: „*Αἱ μεταγενέστεραι διατάξεις ἰσχυρότεραι τῶν πρό αὐτῶν εἰσίν.*“ **(Constitutiones posteriores fortiores sunt prioribus.)** — Von der derogirenden Kraft neuerer Rechtsnormen überhaupt, ſie mögen ausdrückliche Geſetze oder Gewohnheiten ſeyn, handeln **l. 32. §. 1. in f. D. de legib. (I. 3.)** und **§. 11. I. de jure nat. et gent. et civ. (I. 2.)** Vgl. §. 12. Note ii) und kk).

c) Dieſer Satz beruht theils auf dem allgemeinen Ausſpruch in der **l. 80. D. de regul. jur. (L. 17.)** „**In toto jure *generi per speciem derogatur*, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est,**“ theils auf der **l. 41. D. de poenis (XLVIII. 19.)**, welche Stelle freylich nur von dem Fall handelt, wenn in **demſelben** Geſetz etwas Beſonderes und Allgemeines vorkommt, aber dabey doch auch jenes allgemeinere Princip enthält: „**Sanctio legum, quae novissime certam poenam irrogat iis, qui praeceptis legis non obtemperaverint, ad eas species pertinere non videtur, quibus ipsa lege poena specialiter addita est; *nec ambigitur, in cetero omni jure speciem generi derogare;* nec sane verisimile est, delictum unum eadem lege variis aestimationibus coërceri.**“ Vgl. übrigens **Thibaut**, Ueber das Verhältniß beſonderer Sätze des ältern Rechts zu neuen Regeln, in **Deſſen** Civil. Abhandl. No. 7.

d) **l. 3. §. 5. D. de sepulcro viol. (XLVII. 12.)** „**Divus Hadrianus rescripto poenam statuit quadraginta aureorum in eos, qui in civitate sepeliunt. . . . . Quid tamen, si lex municipalis permittat in civitate sepeliri? Post rescripta Principalia an ab hoc discessum sit, videbimus: quia generalia sunt rescripta, et oportet imperialia statuta suam vim obtinere, et in omni loco valere.**“ — In dieſem Sinne iſt wohl auch die **l. 4. Th. C. de constitut. princ. (I. 1.)** zu verſtehen: „**Generale praeceptum beneficio speciali anteferendum est.**“

§. 18.

B) In besonderer Anwendung auf das Justinianische Recht und dessen einzelne Theile und Stellen [a]).

Wenn zwischen mehrern Stellen der Justinianischen Rechtsbücher sich ein Widerstreit (antinomia [b])) vorfindet, der sich nicht durch kritische Berichtigung des Textes [c]), oder durch treffende Interpretation und genaue Unterscheidung der verschiedenen Fälle [d]) heben läßt: so sind auch alsdann, sofern nicht eine authentische Interpretation, wie es Justinian eigentlich gewollt und vorgeschrieben hat [e]), zu erlangen ist, die im vorigen §. angegebenen Regeln, wo diese aber nicht ausreichen, andere der Lage der Sache angemessene Entscheidungsnormen zu befolgen. — Aus der Regel: **Lex posterior derogat priori**, folgt nun in Anwendung auf die einzelnen Theile des Justinianischen Rechts: 1) Daß die Novellen, als die neuesten Gesetze Justinian's, den andern durch ihn veranstalteten Rechtssammlungen vorgehen, und daß unter den Novellen selbst die jüngere den Vorzug vor der ältern hat [f]). 2) Daß der Constitutionen-Coder hinsichtlich der practischen Gültigkeit den Institutionen und Digesten vorzuziehen ist, weil die auf uns gekommene zweite Ausgabe desselben (**repetita praelectio**) um ein Jahr später (534. n. Ch.), als diese beyden Rechtssammlungen, publicirt worden ist, und auf einer neuen Revision des damals geltenden Rechts beruht; wozu noch kommt, daß, während die Institutionen und Digesten vieles blos wissenschaftliche Material enthalten, der Coder fast ausschließlich eine practische Tendenz hat, und viele Constitutionen, besonders die **leges novae** seit Constantin d. G., gerade dazu bestimmt waren, Neuerungen im Rechte herbeyzuführen. — Aber auch unter den einzelnen, in den Coder aufgenommenen Constitutionen selbst gebührt, wenn unter ihnen ein Widerstreit vorkommt, der jüngern der Vorzug vor der ältern. Denn unbestritten fand dieses Verhältniß ursprünglich unter ihnen Statt [g]), und eine Abänderung desselben durch ihre Aufnahme in den Coder läßt sich nach der Absicht Justinian's, obgleich er alles Aufgenommene für vollkommen gültig erklärt [h]), doch in so fern nicht behaupten, als er überhaupt allen Widerstreit auch in seinem Co-

der vermieden wissen wollte [i]), und man daher annehmen muß, daß die mit jüngern in Widerstreit stehenden ältern Constitutionen entweder um deßwillen, weil sie doch noch zum Theil ihre Gültigkeit behalten hatten, und eine Ausscheidung des Unpractischen aus Rücksicht auf den Zusammenhang unthunlich erschien, oder auch um der historischen Uebersicht einer Lehre willen und zur Erläuterung der darauf erfolgten Abänderungen, in den Codex aufgenommen worden seyen [k]). Auch kommt darauf, ob die aufgenommenen Constitutionen Edicte oder Decrete oder Rescripte sind, hinsichtlich ihrer practischen Gültigkeit Nichts an [l]), da Justinian ausdrücklich auch den letztern beyden Arten der Constitutionen allgemein verbindliche Kraft beygelegt [m]), und dieß namentlich auch von den in seinen Codex aufgenommenen Rescripten verordnet hat [n]). — Uebrigens werden die aus jener ersten Regel in Bezug auf die Novellen und den Codex in diesem §. gezogenen Folgerungen nicht selten durch die andere, im vorigen §. angegebene Regel: **Lex specialis derogat generali**, modificirt [o]).

a) Vgl. Glück's Erläut. d. Pand. B. 1. S. 416 — 424. Desselben Einleit. in das Studium d. röm. Privatr. §. 67. — Thibaut, Ueber das Verhältniß der einzelnen Theile des Röm. Rechts, in Dessen Civil. Abhandl. Nr. 6. — Spangenberg's Einleit. in das Röm. Justin. Rechtsbuch, S. 185 — 197. — von Löhr, Justinians Compilation, im Magazin für Rechtswiss. u. Gesetzgeb. B. 3. Nr 7. (besonders von §. 9. an.) — Die ältere Literatur s. bey **Haubold Institut. jur. Rom. priv. hist. dogm. Lineam. §. 300. (ed. II.)**

b) Diesen Ausdruck braucht auch Justinian in der **Const. Deo auctore (de concept. Dig.) §. 8.**

c) Ein bekanntes und zugleich sehr einleuchtendes Beyspiel bietet die **l. 34. §. 4. D. de jurejur. (XII. 2.)** dar, deren Widerstreit mit der **l. 16. D. eod. l. 8. §. 5. D. qui satisdare cog. (II. 8.) l. 7. §. 3. u. 4. D. de obseq. parent. et patron. praest. (XXXVII. 15.)** und **l. 13. §. 14. D. de damno infect. (XXXIX. 2.)** sofort wegfällt, wenn man statt der verdorbenen Lesart der Florentinischen Handschrift: „*neque* patrono *neque* parentibus," die richtigere (auch durch die Auctorität der Basiliken unterstützte) Lesart: „*aeque* patrono *atque* parentibus," aufnimmt. Vgl. Glück's Erläut. d. Pand. B. 12. S. 363 — 368.

d) Diese Wege, insbesondere auch den zuletzt erwähnten, muß man zur Beseitigung scheinbarer Widersprüche im Justinianischen Rechte um so mehr einschlagen, da Justinian nicht nur seinen Rechtssammlungen, dem Codex, den Digesten und Institutionen, gleiche Kraft und Gültigkeit bey-

gelegt hat, so daß sie sich gegenseitig gewissermaaßen ergänzen und vervollständigen sollen, Const. *Deo auctore* §. 9. u. 11. Const. *Tanta* (de confirmat. Dig.) §. 14. u. 23. und Const. *Cordi* (de emendat. Cod.) §. 3., sondern auch von wirklichen Widersprüchen in diesen seinen Rechtssammlungen durchaus Nichts wissen will, (in Ansehung des ältern Codex Const. *Haec quae necessario* §. 2. u. Const. *Summa reipublicae* §. 1., in Betreff der Digesten Const. *Deo auctore* §. 4. u. Const. *Tanta* pr., und in Bezug auf den neuern Codex Const. *Cordi* §. 3. u. Nov. 158.) vielmehr auf gründliche Prüfung und sorgfältige Unterscheidung der verschiedenen Fälle dringt, Const. *Tanta* §. 15. „Contrarium autem aliquid in hoc codice (scil. Digestorum) positum nullum sibi locum vindicabit, nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet; sed est aliquid novum inventum, vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dissolvit, et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem;“ (was auf ähnliche Weise auch in der griechischen Const. *Δέδωκεν* §. 15. ausgesprochen wird.) — Gleichwohl ist es unleugbar, daß bisweilen in Justinian's Rechtssammlungen, und zwar sowohl in einer und derselben, als zwischen verschiedenen, offenbare, durch keine Interpretation aufzulösende Widersprüche sich vorfinden, und daß also der Kaiser sich selbst täuscht, wenn er glaubt, daß hierin sein Plan ganz streng und pünctlich von den Compilatoren seiner Sammlungen ausgeführt worden sey.

e) Const. *Tanta* §. 21. „. . . . . Si quid vero . . . . ambiguum fuerit visum, hoc ad Imperiale culmen per judices referatur, et ex auctoritate Augusta manifestetur, *cui soli concessum est leges et condere et interpretari.*“ — Const. *Δέδωκεν* §. 21.

f) Dabey ist jedoch nicht zu übersehen, daß in der Sammlung der 168. Novellen die Ordnung derselben nicht durchgängig, obwohl dem größern Theile nach, die chronologische ist. Vgl. Biener's Geschichte der Novellen Justinian's, S. 110. 111. u. 535 — 537.

g) l. 4. D. de constitut. princ. (I. 4.)

h) Const. *Cordi* §. 3. „. . . . . cum nemini venit in dubium, quod repetita praelectio probavit, hoc *satis validum*, satisque esse formosum.“

i) Const. cit. §. 3. „Supradictis itaque . . . . viris permisimus, ... si quae (scil. constitutiones) . . . . *contrariae* invenirentur, circumducere, et a proprii Codicis congregatione separare; . . . . . nulla penitus . . . . nec *diversa* nec inusitata relicta constitutione.“

k) Als Belege dazu dienen z. B. l. 6. 7. u. 10. C. de natural. liber. (V. 27.) und insbesondere eine Verordnung von Justinian selbst, nämlich die l. 19. C. de jure deliber. (VI. 30.), welche zum Theil durch die l. 22. §. 13. C. eod. aufgehoben worden ist, zum Theil aber als noch gültig in spätern Gesetzen Justinian's, namentlich l. un. §. 5. C. de caduc. toll. (VI. 51.) und Nov. 158., erwähnt wird.

l) Wohl aber ist für die Interpretation der Unterschied der Constitu-

tionen von Bedeutung, insofern nämlich Decrete und Reſcripte immer mit Hinſicht auf die eigenthümliche Beſchaffenheit des ihnen zu Grunde liegenden concreten Falles, (der bald im Decrete oder Reſcripte ſelbſt angeführt iſt, bald aus der Faſſung deſſelben abſtrahirt und ſupplirt werden muß,) und in möglichſter Uebereinſtimmung mit den gemeinen Rechtsregeln zu erklären ſind. Vgl. **Eckhardi Hermeneutica jur. l. I. §. 221.**, Thibaut's Theorie der logiſchen Auslegung des Röm. Rechts §. 38., Deſſelben Civil. Abhandl. S. 353. und Mühlenbruch im Archiv für die Civil. Prax. B. 2. S. 427. u. 428.

m) **l. 12. C. de legib. (I. 14.)**

n) **Const.** *Haec quae necessario* **§. 2. in f. und Const.** *Summa reipublicae* **§. 3.** Zwar beziehen ſich dieſe Beſtimmungen nur auf den ältern Codex Juſtinian's, doch ſind ſie ohne allen Zweifel auch auf die zweite Ausgabe deſſelben anwendbar.

o) So wird z. B. die ſpecielle Beſtimmung in der **l. 15. §. 2. in f. und l. 59. in f. D. de furt. (XLVII. 2.)** durch die allgemein und unbeſtimmt gefaßte **l. 4. C. de commodato (IV. 23.)**, ferner die **l. 16. §. ult. D. de pignor. (XX. 1.)** und die **l. 13. C. eod. (VIII. 14.)** durch die allgemeine Vorſchrift der **l. ult. C. de pact. pignor. (VIII. 35.)**, ingleichen das ſpecielle Erforderniß in der **Nov. 107. c. 1.** durch die der frühern Regel in der **l. 29. C. de testam. (VI. 23.)** entgegengeſetzte allgemeine Verordnung der **Nov. 119. c. 9.** nicht aufgehoben.

§. 19.

Fortſetzung.

Was hiernächſt das gegenſeitige Verhältniß der Inſtitutionen und der Digeſten im Fall eines unter ihnen vorkommenden Widerſtreites anlangt, ſo kann man keinem von beyden Theilen allgemein und unbedingt den Vorzug vor dem andern einräumen. Denn wenn auch die Inſtitutionen früher, als die Digeſten, (jene nämlich am 21. Nov. und dieſe am 16. Dec. 533.) publicirt wurden, ſo ſind doch beyde Rechtsſammlungen nach Juſtinian's Vorſchrift [a]) an einem und demſelben Tage, nämlich am 30. Dec. 533., in Geſetzeskraft getreten, und in ſo fern als ganz gleichzeitige Geſetzbücher zu betrachten; und auch aus ihrer innern Beſchaffenheit und ihrer Beſtimmung läßt ſich kein ausreichender Grund für den allgemeinen Vorzug der einen Sammlung vor der andern herleiten. Vielmehr ſind hierbey folgende Fälle zu unterſcheiden: 1) Wenn das, was in der einen Stelle nur im Allgemeinen oder nur mit Hinſicht auf gewiſſe Fälle angegeben iſt, in einer andern Stelle weiter aus-

geführt, näher bestimmt oder modificirt, oder auch auf andere Fälle angewendet wird, (worin eigentlich gar kein directer Widerstreit liegt,) so muß in Ansehung jener nähern Bestimmungen diejenige Stelle, worin sie enthalten sind, gleichviel ob sie in den Institutionen oder in den Digesten vorkommt, der andern mehr allgemein und unbestimmt gefaßten Stelle vorgezogen werden [b]). 2) Wenn die sich widersprechenden Stellen beyder Sammlungen aus einer und derselben Quelle geschöpft sind, aber die Stelle der Institutionen mangelhafter, als die der Digesten, excerpirt ist, so daß z. B. bey einer controversen Rechtsfrage eine in den Letztern ausdrücklich erwähnte und gebilligte Meinung in den Erstern gar nicht angeführt wird [c]): so müssen in einem solchen Falle allerdings die Digesten den Vorzug vor den Institutionen haben. 3) Umgekehrt aber gebührt den Institutionen der Vorzug vor den Digesten, wenn in einer Stelle der Erstern entweder auf neuere Verordnungen der Kaiser, besonders Justinian's eigene, wodurch das frühere, noch in den Digesten erwähnte Recht abgeändert worden ist, Bezug genommen [d]), oder ausdrücklich (z. B. durch die Redensarten: *nobis videtur melius*, oder *reprobatum est*, oder *non placuit*, u. dgl. [e])) eine Meinung älterer Juristen verworfen und die entgegengesetzte gebilligt wird [f]). — In den übrigen Fällen aber, wo die Institutionen und die Digesten mit einander in Widerstreit stehen, muß der innere Gehalt der verschiedenen Meinungen entscheiden, und also diejenige vorgezogen werden, welche die besten Gründe für sich hat, und insbesondere der Rechtsanalogie und dem Geiste des Justinianischen Rechts am angemessensten ist [g]). — Das nämliche Princip ist in der Regel auch dann als Entscheidungsnorm zu befolgen, wenn zwischen einzelnen Stellen der Digesten ein Widerstreit vorkommt [h]), und würde auf gleiche Weise auch für die Institutionen gelten, wenn sich ein wirklicher Widerspruch zwischen verschiedenen Stellen derselben nachweisen ließe [i]). Wenn jedoch in einer und derselben Digestenstelle verschiedene Meinungen vorgetragen werden, und der Jurist, welcher die Meinungen Anderer anführt, seine Mißbilligung derselben zu erkennen giebt, und ihnen seine eigene, oder auch die von ihm gebilligte Meinung eines andern Juristen entgegensetzt, so müssen natürlich jene gemißbilligten Meinungen der Ansicht des Juristen, welcher

ſie verwirft, nachſtehen, weil eben deſſen Anſicht durch die Aufnahme einer ſolchen Stelle in die Digeſten von den Compilatoren derſelben alsrichtig anerkannt worden iſt [k]). Das Letztere iſt auch dann anzunehmen, wenn ein Digeſtenſchriftſteller die Meinung eines andern Juriſten hiſtoriſch anführt, ohne Etwas dagegen zu erinnern [l]).

a) Const. *Tanta* §. 23. „Leges autem nostras, quas in his codicibus, id est, Institutionum seu Elementorum et Digestorum vel Pandectarum, posuimus, suum obtinere robur ex tertio nostro felicissimo sancimus consulatu praesentis duodecimae indictionis, tertio Kalendas Januarias . . . . .“

b) So wird z. B. die allgemeine Aeußerung in der l. 34. §. 2. D. de legat. I. (XXX.) näher beſtimmt und modificirt durch den §. 6. in f. I. de legat. (II. 20.), und umgekehrt die zunächſt nur auf gewiſſe Fälle paſſende Beſtimmung im §. ult. I. de action. (IV. 6.) auch auf andere Fälle bezogen durch die l. 4. §. 1. D. de cess. bon. (XLII. 3.) Vgl. Thibaut's Civil. Abhandl. S. 351. u. 352.

c) Dieß iſt der Fall z. B. beym §. 25. I. de rer. divis. (II. 1.) in Vergleich mit der l. 7. §. 7. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) Beyde Stellen ſind aus Gajus lib. II. Rerum quotidianarum genommen, wie dieß bey der Digeſtenſtelle aus ihrer Ueberſchrift hervorgeht, und bey der Inſtitutionenſtelle theils wegen der Uebereinſtimmung ihres Ideenganges und zum Theil auch der Wortfaſſung mit jener Stelle, theils wegen der Bemerkung Juſtinian's im prooëm. I. §. 6., daß bey ſeinen Inſtitutionen hauptſächlich des Gajus Inſtitutionen und Res quotidianae benutzt worden ſeyen, mit hoher Wahrſcheinlichkeit anzunehmen iſt. — Die Inſtitutionenſtelle, ſo weit ſie hierher gehört, lautet nun alſo: „Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit, utrum is, qui fecerit, an ille potius, qui materiae dominus fuerit . . . . . Et post multas Sabinianorum et Proculejanorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat; si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit; ut ecce, vas conflatum potest ad rudem massam aeris vel argenti vel auri reduci, vinum autem aut oleum aut *frumentum* ad uvas et olivas et *spicas reverti non potest*, ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest.“ — Die Digeſtenſtelle aber ſo: „Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant, hunc dominum esse, qui fecerit, quia, quod factum est, antea nullius fuerat. Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut, qui materiae dominus fuerit, idem ejus quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species effici possit . . . . . Est tamen etiam media sententia recte

existimantium, si species ad materiam reverti possit, verius esse, quod et Sabinus et Cassius senserunt; si non possit reverti, verius esse, quod Nervae et Proculo placuit; ut ecce, vas conflatum ad rudem massam auri vel argenti vel aeris reverti potest, vinum vero vel oleum vel *frumentum* ad uvas et olivas et *spicas reverti non potest*, ac ne mulsum quidem ad mel et vinum, vel emplastrum aut collyria ad medicamenta reverti possunt. *Videntur tamen mihi recte quidam dixisse, non debere dubitari, quin alienis spicis excussum frumentum ejus sit, cujus et spicae fuerunt; quum enim grana, quae spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam, quae est, detegit.*“ Dieſer letzte Satz, worin hinſichtlich des Ausdreſchens von Getreyde eine von der vorhergehenden abweichende, und von Gajus gebilligte Meinung vorgetragen wird, fehlt in jener Inſtitutionenſtelle gänzlich. — Gleichwohl will Schrader in ſeiner Inſtitutionen-Ausgabe p. 192. u. 193. v. *frumentum* einen Widerſtreits zwiſchen jenen beyden Stellen nicht anerkennen.

d) Aus dieſem Grunde geht z. B. §. 7. I. qui et quib. ex caus. manum. non poss. (I. 6.) der l. 3. D. de manum. testam. (XL. 4.), ferner §. 6. I. quib. mod. jus potest. solv. (I. 12.) der l. 3. §. 1. D. de cap. min. (IV. 5.), ingleichen §. 7. I. de legit. agnat. success. (III. 2.) der l. 2. pr. D. de suis et legit. hered. (XXXVIII. 16.) vor.

e) Hierdurch erledigt ſich der Zweifel Konopak's in den Inſtitut. des röm. Privatr. §. 60. Note z.), wie man wiſſen und beweiſen könne, daß Juſtinian einen in den Pandekten vorkommenden Satz in den Inſtitutionen abſichtlich habe abändern laſſen.

f) Aus dieſem Grunde iſt z. B. §. 34. I. de rer. divis. (II. 1.) der l. 23. §. 3. D. de rei vindic. (VI. 1.), ferner §. 9. I. de testam. ordin. (II. 10.) der l. 20. §. 2. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.), ingleichen §. 14. I. de legat. (II. 20.) der l. 82. pr. D. de legat. II. (XXXI.) vorzuziehen.

g) Dieſes Princip kommt, da es ganz rational iſt, und von jedem Geſetzgeber zu vermuthen ſteht, daß er nur das Vernünftige gewollt habe, der praeſumtiven Willensmeinung Juſtinian's für die freylich außer ſeiner Berechnung gelegenen Fälle der Antinomien, von denen hier die Rede iſt, am nächſten.

h) Dem für ſolche Fälle von Manchen angenommenen Principe der Zeitfolge, nach welchem die Meinung des jüngern Juriſten den Vorzug vor der des ältern haben ſoll, ſteht, auch abgeſehen von der Unzulänglichkeit deſſelben für die nicht ſeltenen Fälle eines unter gleichzeitigen Juriſten, z. B. Ulpian und Paulus, vorkommenden Widerſpruchs, hauptſächlich entgegen, daß es eben ſo wenig in dem urſprünglichen Verhältniſſe der von einander abweichenden Meinungen verſchiedener Juriſten begründet, als mit der wiederholten Erklärung Juſtinian's in der Const. *Deo auctore* §. 6. und Const. *Tanta* und *Δέδωκεν* §. 10. u. 20., daß er allen für die Digeſten benutzten Schriftſtellern gleiche Auctorität und Würde beygelegt habe, vereinbar iſt; wozu noch kommt, daß ja nicht immer eine Meinung um deßwillen, weil ſie in der neueſten Schrift vorkommt, auch wirklich die

neueſte iſt. Nur dann, wenn ſich aus hiſtoriſchen Argumenten beſtimmt nachweiſen ließe, daß die aus der Schrift eines ältern Juriſten excerpirte Stelle auf veraltetes, die ihr widerſprechende Stelle aus der Schrift eines jüngern Juriſten aber auf neueres Recht gehe, würde der Letztern allerdings der Vorzug gebühren.

i) Dieß dürfte aber wohl ſchwerlich der Fall ſeyn. Denn auch der ſcheinbare Widerſpruch zwiſchen dem §. 2. I. de usufructu (II. 4.) und dem §. 5. I. de locat. et conduct. (III. 24. od. 25.) in Anſehung der Kleider iſt kein wirklicher, da dieſe Sachen ſich nach der Verſchiedenheit der Rechtsgeſchäfte und mit Hinſicht auf das practiſche Bedürfniß, aus verſchiedenen Geſichtspuncten betrachten laſſen.

k) Z. B. l. 40. pr. D. de hered. petit. (V. 3.) l. 3. D. de usufr. ear. rer. (VII. 5.) l. 24. D. de servitut. praed. rust. (VIII. 3.) l. 11. in f. D. de action. emt. et vend. (XIX. 1.) l. 41. D. locat. (XIX. 2.), wodurch zugleich der l. 19. D. commodat. (XIII. 6.) derogirt wird. — Uebrigens kommt es auch in den Inſtitutionen bisweilen vor, daß Meinungen älterer Juriſten hiſtoriſch angeführt, und die entgegengeſetzten, in Uebereinſtimmung mit den Digeſten, gebilligt werden, z. B. §. 4. I. de locat. (III. 24. od. 25.) verglichen mit der l. 20. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) und l. 2. §. 1. D. loca . (XIX. 2.), ingleichen §. 2. I. de societ. (III. 25. od. 26.) vergl. mit der l. 30. D. pro soc. (XVII. 2.)

l) Z. B. l. 55. D. de act. emt. (XIX. 1.) l. 3. D. locat. (XIX. 2.) l. 4. §. 1. D. de cess. bon. (XLII. 3.)

Erinnerung. Die in dieſem, und zum Theil auch die im vorigen §. (namentlich unter Nr. 2.) vorgetragenen Sätze ſind keineswegs unbeſtritten, und beſonders ſind über das gegenſeitige Verhältniß der Inſtitutionen und Digeſten in Fällen eines unter ihnen vorkommenden Widerſtreits die Meinungen ſehr verſchieden. Manche, z. B. Cocceji Jus civ. controv. Proleg. Qu. 5., Haubold Praecogn. jur. Rom. priv. §. 16., Thibaut und von Löhr in den zum vorigen §. Note a) angef. Abhandl., wollen den Inſtitutionen in der Regel den Vorzug vor den Pandekten eingeräumt wiſſen; Andere dagegen, z. B. Mackeldey im Lehrbuch des heut. Röm. Rechts §. 96., gerade umgekehrt. Für die erſtere Meinung werden von ihren Vertheidigern im Weſentlichen folgende Gründe angeführt: 1) Daß die Inſtitutionen weit mehr, als die aus bloßen Fragmenten älterer juriſtiſcher Schriften beſtehenden Pandekten, ein Selbſtwerk Juſtinian's oder der drey zu ihrer Abfaſſung beauftragten Männer ſeyen, ſo daß dieſe dabey mehr Gelegenheit gehabt hätten, ihre eigene Meinung auszuſprechen, und das durch neuere Conſtitutionen umgeſtaltete Recht zu berückſichtigen; 2) Daß die Inſtitutionen ſpäter, als die Digeſten, abgefaßt worden ſeyen, und daher auch in dieſer Hinſicht ſich mehr dazu geeignet hätten, die immittelſt eingetretenen Veränderungen im Rechte oder in den Anſichten ihrer Verfaſſer aufzunehmen; 3) Daß die dogmatiſchen Sätze der Inſtitutionen unbedingt geltendes Recht lieferten, während dagegen die Pandekten oft nur hiſtoriſche, und auf wiſſenſchaftliche Zwecke berechnete Excerpte ent-

hielten. Diesen Argumenten aber stehen folgende Einwendungen entgegen: 1) Daß die Compilatoren der Pandekten (unter welchen sich ja auch die drey Bearbeiter der Institutionen befanden, vgl. die Const. *Tanta* und *Δέδωκεν* §. 9. u. 11.) vermöge der ihnen von Justinian in der Const. *Deo auctore* §. 7. ertheilten Vollmacht, bey der Abfassung der erstern Sammlung eben so gut, als in den Institutionen, Veranlassung und Gelegenheit hatten, an den Excerpten aus den Schriften der ältern Juristen zu ändern, was ihnen nothwendig oder zweckmäßig schien, und also ihre eigene Ansicht oder das durch neuere Constitutionen veränderte Recht jenen Excerpten selbst einzuverleiben; (wie dieß auch nach Justinian's eigener Versicherung in der Const. *Tanta* und *Δέδωκεν* §. 10. häufig geschehen ist.) 2) Daß zur Zeit der Abfassung der Institutionen die Digesten noch nicht publicirt, sondern vielmehr, als Gegenstand einer fortdauernden Revision, noch immer in den Händen der Compilatoren waren, so daß es diesen auch damals noch möglich war, an einzelnen Stellen derselben zweckmäßige Abänderungen oder Verbesserungen vorzunehmen. 3) Daß gerade die Digesten nach Justinian's Absicht hauptsächlich darauf berechnet waren, das zu seiner Zeit geltende Recht, mit Weglassung des veralteten, aufzunehmen, (Const. *Deo auctore* §. 10.) und daß es vielmehr bey den Institutionen in des Kaisers Plane lag, zur Uebersicht der historischen Ausbildung einer Lehre, neben dem neuesten Rechte auch das ältere zu erwähnen, (Const. *Tanta* §. 11. und prooëm. I. §. 3. u. 5.) und daß endlich auch unter den dogmatischen Sätzen der Institutionen hin und wieder allerdings solche vorkommen, welche im Justinianischen Zeitalter nicht mehr anwendbar waren, und daher, wenn sie nicht aus einem Versehen der Compilatoren abgeleitet werden sollen, historisch erklärt werden müssen; z. B. §. 3. in f. I. de codicill. (II. 25.) verglichen mit der l. 8. §. 3. C. eod. (VI. 36.) — Umgekehrt sucht man den Vorzug der Pandekten vor den Institutionen durch folgende Gründe geltend zu machen: 1) Daß nach Justinian's Absicht die Erstern hauptsächlich ein Rechtsbuch für die Praxis, die Letztern dagegen ein bloßes Lehrbuch für den Unterricht hätten seyn sollen; 2) Daß es bey den Letztern in der Regel gar nicht darauf abgesehen gewesen sey, etwas von den Pandekten Abweichendes festzusetzen, und 3) Daß die Pandekten gewissermaaßen als die Quelle der Institutionen zu betrachten seyen. Allein diese Gründe werden durch folgende Bemerkungen widerlegt: 1) Daß die Institutionen eben so gut, als die Pandekten, auch für den practischen Gebrauch bestimmt waren, und daher von Justinian ausdrücklich die volle Kraft und Gültigkeit eines Gesetzbuches erhielten. Vgl. prooëm. I. §. 6. („plenissimum nostrarum constitutionum robur eis accommodavimus,“) und Const. *Tanta* und *Δέδωκεν* §. 11. 19. u. 23. — 2) Daß allerdings in den Institutionen hin und wieder Meinungen älterer Juristen, die in den Pandekten vorkommen, ausdrücklich gemißbilligt werden. Vgl. die in der Note f) citirten Stellen. — 3) Daß die Institutionen keineswegs aus den Pandekten, sondern zum größten Theil eben so, wie diese, unmittelbar aus den Schriften der Juristen, (und zwar hauptsächlich

aus Gajus Commentar. Institutionum und Rerum quotidianarum,) daneben aber auch aus kaiserlichen Constitutionen, besonders Justinian's eigenen, geschöpft worden sind. Vgl. prooëm. I. §. 6. und Const. *Tanta* und *Δέδωκεν* §. 11.

§. 20.

Interpretation der Gesetze [a]).

Tit. D. de legibus Senatusque consultis (et longa consuetudine). (I. 3.)

Tit. C. de legibus et constitutionibus Principum et edictis. (I. 14.)

Interpretation (Erklärung, Auslegung, Deutung) eines Gesetzes heißt die Bestimmung des Sinnes, welchen der Gesetzgeber durch die Worte des Gesetzes hat ausdrücken wollen [b]). In Rücksicht ihres Ursprungs ist sie entweder eine authentische, d. h. welche vom Gesetzgeber selbst herrührt, oder in seinem Namen von einer dazu auctorisirten Behörde geschieht, oder eine usuelle, d. h. welche durch Gewohnheit und insbesondere durch den Gerichtsbrauch angenommen ist, oder eine doctrinelle, d. h. welche von Sachverständigen nach den Regeln der Auslegungskunst gemacht wird. Unter diesen verschiedenen Arten hat nun die authentische Interpretation den Vorrang vor den übrigen [c]) und wahre Gesetzeskraft [d]); nächst ihr folgt an Ansehn und Gültigkeit die usuelle [e]), vorausgesetzt, daß sie nicht auf einem offenbaren Irrthume beruht [f]). — Hinsichtlich des Weges, den die Interpretation eines Gesetzes, insbesondere die doctrinelle, einschlägt, um zu ihrem Ziele zu gelangen, pflegt sie in die grammatische und die logische eingetheilt zu werden. Unter der Erstern versteht man diejenige, welche sich blos an die Bedeutung der Worte an sich und in ihrem Zusammenhange, und an die Regeln des Sprachgebrauchs hält [g]), unter der Letztern aber diejenige, welche nach der sog. ratio legis, d. h. nach dem innern Grund des Gesetzes [h]) und der Absicht des Gesetzgebers, den Sinn des Gesetzes (mens oder voluntas oder sententia legis [i])) bestimmt [k]). Das Verhältniß dieser beyden Interpretationsarten, welche freylich in der Anwendung oft zusammentreffen, ist nun so zu bestimmen: Die grammatische Interpretationsart ist eigentlich die Grundlage aller Interpretation [l]), und es muß daher, wenn in den Worten des Gesetzes

keine Unbeſtimmtheit und Zweydeutigkeit liegt, und durch die bloße Befolgung der Regeln des Sprachgebrauchs ein vernünftiger und paſſender Sinn herauskommt, bey dem Ergebniſſe der grammatiſchen Interpretation verbleiben [m]). Wenn ſich aber der Geſetzgeber ſo dunkel oder zweydeutig ausgedrückt hat, daß die bloßen Regeln des Sprachgebrauchs nicht ausreichen, den Sinn des Geſetzes auszumitteln, oder wenn aus den Umſtänden hervorgeht, daß der Geſetzgeber ſich etwas Anderes gedacht habe, als die Worte des Geſetzes ſagen, ſo muß die logiſche Interpretation eintreten, und das dadurch gewonnene Reſultat, obſchon es von dem Wortverſtande oder dem buchſtäblichen Sinne des Geſetzes abweicht, befolgt werden [n]). Denn wenn überhaupt der Zweck der Rede darin beſteht, daß man ſeine Gedanken, Vorſtellungen, Empfindungen oder ſeinen Willen Andern mittheile, und demnach der Ausdruck nur als Mittel zur Erreichung dieſes Zweckes angeſehen werden kann [o]), ſo muß auch bey der Interpretation eines Geſetzes der Gedanke und Wille ſeines Urhebers vorherrſchend ſeyn, und der Ausdruck, als das Mittel zum Ziel, demſelben untergeordnet bleiben [p]). — Die logiſche Interpretation iſt nun wiederum, in Anſehung ihres Verhältniſſes zu den Worten des zu erklärenden Geſetzes, entweder eine extenſive, d. h. welche die Dispoſition des Geſetzes auf Fälle ausdehnt, die zwar nicht in den Worten deſſelben, wohl aber in der Vorſtellung und Abſicht des Geſetzgebers begriffen ſind, oder eine reſtrictive, d. h. welche von der Dispoſition des Geſetzes ſolche Fälle ausſchließt, die zwar in den Worten deſſelben, nicht aber in der Vorſtellung und Abſicht des Geſetzgebers begriffen ſind, oder eine declarative, d. h. welche, ohne an dem Umfang der in den Geſetzesworten liegenden Verfügung Etwas zu ändern, nur den dunkeln Wortſinn aufhellet oder Zweydeutigkeiten beſtimmt oder Lücken der geſetzlichen Dispoſition ergänzt, wie es der Vorſtellung und Abſicht des Geſetzgebers angemeſſen iſt. Die extenſive Interpretation tritt nun dann ein, wenn erweislich die Vorſtellung und Abſicht des Geſetzgebers weiter reicht, als der Wortſinn des Geſetzes [q]), die reſtrictive aber dann, wenn erweislich die Vorſtellung und Abſicht des Geſetzgebers nicht ſo weit reicht, als der Umfang der im Geſetz gebrauchten Worte [r]), und die declarative alsdann, wenn zwar kein Mißverhältniß des Umfangs zwi-

ſchen der Vorſtellung oder Abſicht des Geſetzgebers und den Worten des Geſetzes obwaltet, aber doch in den Letztern Dunkelheiten oder Zweydeutigkeiten vorkommen, zu deren Beſeitigung die grammatiſche Interpretation nicht ausreicht, oder Lücken in der geſetzlichen Dispoſition vorhanden ſind, die ſich aus der Abſicht des Geſetzgebers ergänzen laſſen [s]). — Wenn man übrigens bey der wörtlichen Auslegung eines zweydeutigen Geſetzes den weitern Wortſinn annimmt, ſo nennt man es die weite Auslegung (interpretatio *lata** [t])); nimmt man dagegen den engern Wortverſtand an, ſo nennt man es die ſtrenge Auslegung (interpr. *stricta** [u])). Dieſe beyden Auslegungsarten können bald zur grammatiſchen Interpretation gehören, wenn nämlich die Wahl der weitern oder engern Wortbedeutung ſchon durch den Zuſammenhang der Rede und die dahin einſchlagenden Regeln des Sprachgebrauchs beſtimmt wird [v]), bald zur logiſchen, und zwar zur declarativen, wenn jene Wahl erſt durch Berückſichtigung der ratio legis beſtimmt werden kann [x]).

a) Ueber die hierher gehörige Literatur im Allgemeinen ſ. die Einleitung §. 68. unter B), und über die bey der Auslegung des Juſtinianiſchen Rechts insbeſondere aufzufaſſenden Geſichtspuncte vgl. Spangenberg's Einleit. in das Röm. Juſtin. Rechtsbuch, S. 198 — 253.

b) Die Röm. Juriſten brauchen das Wort *interpretatio* zwar auch, wie wir, für Erklärung eines Geſetzes, l. 1. D. de orig. jur. (I. 2.) l. 20. §. 6. in f. D. de hered. petit. (V. 3.) l. 1. §. 11. D. de inspic. ventr. (XXV. 4.), aber außerdem auch noch in einem viel weitern Sinne, nämlich für die Ableitung von Rechtsſätzen aus den vorhandenen Rechtsquellen, und überhaupt für die Entwickelung und Fortbildung des Rechts durch Sachverſtändige. l. 11. und 13. D. h. t. l. 2. §. 5. u. 12. D. de orig. jur. „. . . . . jus civile, quod sine scripto in sola *prudentum interpretatione* consistit;“ l. 5. D. de transact. (II. 15.) Auch die Anwendung eines Geſetzes auf gegebene Fälle, inſofern ſie durch die Ausmittelung ſeines Sinnes und Umfangs bedingt iſt, wird interpretatio genannt. l. 64. §. 1. in f. D. de condit. et demonstr. (XXXV. 1.) l. 5. in f. D. de incend. (XLVII. 9.) l. 2. §. 1. D. de custod. reor. (XLVIII. 3.)

c) Denn obgleich ſonſt in der Regel das Gewohnheitsrecht den ausdrücklichen Geſetzen gleichſteht (vgl. §. 12.), ſo beruht doch der Vorzug der authentiſchen Interpretation vor der uſuellen theils auf dem allgemeinen Grundſatze, daß bey einer zweifelhaften Rede die Willensmeinung ihres Urhebers vorzugsweiſe zu berückſichtigen ſey, l. 96. D. de regul. jur. (L. 17.) theils auf ſpeciellen geſetzlichen Vorſchriften. (S. d. folgende Note.)

d) l. 1. l. 9. u. l. 12. §. 1. C. h. t. „. . . . . Definimus . . . omnem Imperatoris legum interpretationem . . . . . ratam et indubitatam haberi.“

e) l. 37. D. h. t. „Si de interpretatione legis quaeratur, inprimis inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset; *optima enim est legum interpres consuetudo.*“ l. 38. D. h. t. „Nam Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem . . . . . vim legis obtinere debere.“ — l. 23. D. h. t. „Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt.“

f) arg. l. 39. D. h. t.

g) Insofern sie bey dem reinen Wortverstande eines unzweydeutigen Gesetzes stehen bleibt, heißt sie auch die wörtliche oder buchstäbliche Auslegung (interpretatio verbalis*). — Ein Beyspiel vom Gegentheil kommt vor in der l. 1. §. 2. D. quod quisque juris in alterum statuerit. (II. 2.) „. . . verba: quod statuerit, ... cum effectu accipimus, *non verbotenus.*“

h) Davon ist die historische Veranlassung (origo oder causa) des Gesetzes zu unterscheiden, l. 1. §. 5. D. de postul. (III. 1.) doch kann diese oft dazu dienen, über die ratio legis Aufschluß zu geben.

i) l. 47. D. solut. matrim. (XXIV. 3.) l. 7. §. 4. D. de SC. Maced. (XIV. 6.) l. 30. §. 4. D. de fideic. libert. (XL. 5.) — l. 18. u. 19. D. h. t. und l. 5. C. h. t. — l. 29. D. h. t. u. l. 24. §. 3. D. ad leg. Iul. de adult. (XLVIII. 5.)

k) Der Sache nach kommt die von manchen Neuern angefochtene Unterscheidung der grammatischen und der logischen Interpretation schon bey den Alten vor, z. B. Cic. Top. c. 25. „Tum enim defenditur non id legem dicere, quod adversarius velit, sed aliud. Id autem contingit, quum scriptum ambiguum est, ut duae differentes sententiae accipi possint. Tum opponitur scripto voluntas scriptoris, ut quaeratur, *verbane plus, an sententia valere debeat.*“ Id. pro Caecina c. 18—22. — Quintil. Instit. orat. XII. 2 „Quid? non quaestio juris omnis aut *verborum proprietate,* aut aequi disputatione, aut *voluntatis conjectura* continetur?“ — l. 6. §. 1. D. de verb. signif. (L. 16.) „Verbum: *ex legibus,* sic accipiendum est: *tam ex legum sententia, quam ex verbis.*“ — l. 15. §. 3. D. de lege Cornel. de fals. (XLVIII. 10.) „. . . . . *sententiam* magis sequendam esse . . . ., quam *scripturam.*“ — l. 13. §. 2. D. de excusat. (XXVII. 1.) „. . . . . *ἀλλ᾽ εἰ καὶ τὰ μάλιστα τὸ ῥητὸν τοῦ νόμου ταύτην ἀποτελεῖ τὴν διάνοιαν, ὅμως γνώμη τοῦ νομοθέτου ἄλλο βούλεται.*“ (sed etsi maxime *verba legis* hunc habeant intellectum, tamen *mens legislatoris* aliud vult.) — l. 29. D. h. t. „Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui *salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit.*“ — l. 5. C. h. t. „Non dubium est, in legem committere eum, qui *verba legis* amplexus contra *legis* nititur *voluntatem.*“

l) l. 7. §. 2. D. de supell. leg. (XXXIII. 10.) „. . . . . nemo sine voce dixisse existimatur.“

m) Cic. de invent. II. 44. „Quum . . . scriptum aperte sit, . . . tum judicem legi parere, non interpretari legem oportere.“ — l. 25. §. 1. D. de legat. III. (XXXII.) „Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.“ — l. 69. pr. D. eod. „Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam quum manifestum est, aliud sensisse testatorem.“ — l. 1. §. 20. D. de exercit. act. (XIV. 1.) „. . . . . In re igitur dubia melius est, verbis edicti servire.“ — l. 12. §. 1. D. qui et a quib. manumiss. (XL. 9.) „. . . . . quia ita verba faciunt, ... quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est.“

n) Auct. ad Herenn. II. 10. „. . . . calumniatoris esse officium, verba et literas sequi, negligere voluntatem.“ — Cic. pro Caecina c. 23. „. . . . . scriptum sequi, calumniatoris esse; boni judicis, voluntatem scriptoris auctoritatemque defendere.“ — Gell. N. A. XI. 12. „. . . . . nec aliud dici videri debet, quam quod se dicere sentit is, qui dicit.“ — l. 19. D. ad exhibend. (X. 4.) „.... non oportere jus civile calumniari, neque verba captari, sed *qua mente quid diceretur, animadvertere convenire.*“

o) l. 7. §. 2. D. de supell. leg. (XXXIII. 10. „. . . . . prior atque potentior est, quam vox, mens dicentis.“

p) Cic. pro Caec. c. 18. „. . . . . non ex verbis aptum pendere jus, sed verba servire hominum consiliis et auctoritatibus.“ — l. 17. D. h. t. „*Scire leges* non hoc est, verba earum tenere, sed *vim ac potestatem.*“

q) Dieſe Interpretationsart wird auch in unſern Quellen ausdrücklich gebilligt, z. B. in der l. 7. §. 2. D. de jurisdict. (II. 1.) „. . . . . edicti quidem verba cessabunt; Pomponius autem ait, *sententiam edicti porrigendam esse ad haec.*“ — Andere Beyſpiele derſelben kommen vor in der l. 25. §. 5. D. de hered. petit. (V. 3.) l. 9. §. 2. D. de SC. Maced. (XIV. 6.) verglichen mit l. 1. pr. D. eod. — l. 64. §. 1. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) — l. 32. §. 16. u. 22. D. de donat. int. vir. et uxor. (XXIV. 1.) verglichen mit l. 32. pr. — §. 2. D. eod. — l. 47. D. soluto matrim. (XXIV. 3.) — l. 8. D. de sepulc. viol. (XLVII. 12.) u. l. 3. D. de lege Pompeja de parric. (XLVIII. 9.)

r) Z. B. l. 40. pr. D. de hered. petit. (V. 3.) l. 54. pr. in f. D. mandat. (XVII. 1.) l. 13. §. 2. D. de excusat. (XXVII. 1.) l. 6. §. 2. D. de jure patron. (XXXVII. 14.) l. 2. §. 1. D. de custod. reor. (XLVIII. 3.)

s) Beyſpiele dieſer Interpretationsart finden ſich bey Gajus III. §. 75. u. 76. desgl. §. 218. — §. 15. I. de lege Aquil. (IV. 3.) und l. 29. §. 8. D. eod. (IX. 2.)

t) In der l. 1. §. 3. D. de usur. (XXII. 1.) kommt der Ausdruck *latior*

interpretatio für einen Fall vor, wo es mit der buchſtäblichen Anwendung einer Rechtsregel nicht ſo genau genommen wird.

u) Dieſen Ausdruck braucht man auch überhaupt für die wörtliche Auslegung eines Geſetzes, im Gegenſatz der logiſchen Ausdehnung. — In der l. 20. §. 2. D. de servitut. praed. urban. (VIII. 2.) bezeichnet *strictius interpretari*: etwas ganz ſtreng oder genau nehmen.

v) Z. B. in der l. 7. §. 3. D. de SC. Maced. (XIV. 6.) in Anſehung des Worts: *pecunia*.

x) Z. B. bey Cic. pro Caecin. c. 19. u. 20. in Betreff der Worte: *familia* und *procurator*. — Vgl. auch l. 35. pr. C. de inoff. testam. (III. 28.)

§. 21.

Fortſetzung.

Mit der Auslegung der Geſetze ſteht die analoge Anwendung derſelben in Verbindung. Wenn nun Analogie überhaupt die Uebereinſtimmung mehrerer Dinge oder das gleiche Verhältniß derſelben bedeutet [a]), ſo iſt auch unter Rechtsanalogie die zwiſchen mehreren Rechtsfällen Statt findende Uebereinſtimmung oder Gleichheit des Verhältniſſes zu verſtehen. Darauf beruht die analoge Anwendung oder Ausdehnung eines Geſetzes [b]), welche darin beſteht, daß die Dispoſition eines Geſetzes auf Fälle oder Verhältniſſe übergetragen wird, die zwar in demſelben nicht ausgedrückt ſind, aber durch ihre Natur und in Anſehung des geſetzlichen Grundes und Zweckes mit dem in dieſem Geſetz vorkommenden Falle oder Verhältniſſe übereinſtimmen [c]). (* Ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio legis. *) Nur wird dazu vorausgeſetzt, daß der im Geſetz übergangene Fall mit dem in ſelbigem entſchiedenen Falle in den weſentlichen Merkmalen zuſammentrifft, und auf jenen eben ſo gut, als auf dieſen, der nächſte oder ſpecielle Grund und Zweck der geſetzlichen Dispoſition paßt [d]), und daß auch die Anwendung der Letztern auf den übergangenen ähnlichen Fall zu einem beſtimmten und ſichern Reſultate führt [e]). Unter dieſen Vorausſetzungen iſt die analoge Anwendung der Geſetze ein zuläſſiges und nothwendiges Erweiterungsmittel des poſitiven Rechts [f]). Doch fällt ſie weg, nicht nur wenn ſie ausdrücklich in einem Geſetze verboten iſt [g]), ſondern auch ohnedieß bey ſingulären Rechtsbeſtimmungen [h]) und perſönlichen Verfügungen [i]), ingleichen bey

correctoriſchen Geſetzen [k]), es wäre denn, daß der Grund und Zweck derſelben auf Fälle paßte, welche in dem ältern ungeändert gelaſſenen Rechte nicht entſchieden ſind [l]). — Das entgegengeſetzte Verfahren von der analogen Ausdehnung eines Geſetzes tritt ein bey der Beſchränkung der Anwendung eines Geſetzes nach dem Grunde und Zwecke deſſelben [m]), (* cessante legis ratione cessat lex ipsa, * [n])) und gewiſſermaaßen auch bey dem ſog. argumentum a contrario, welches darin beſteht, daß, wenn ein Geſetz ſeine Dispoſition auf ein beſtimmtes Subject oder Object, oder auf einen beſtimmten Fall beſchränkt, nun auch für alle übrigen Subjecte oder Objecte oder Fälle die entgegengeſetzte Beſtimmung angenommen wird [o]). — Uebrigens ſind unter den vielen, die Auslegung der Geſetze betreffenden Regeln, deren nähere Erörterung in die juriſtiſche Hermeneutik gehört, hier beſonders folgende, in unſern Quellen ſelbſt ausgeſprochene, hervorzuheben: 1) Ohne den ganzen Inhalt eines Geſetzes überſehen und geprüft zu haben, darf man nicht einen einzelnen Theil deſſelben erklären und auf vorkommende Fälle anwenden wollen [p]). 2) Aeltere und neuere Geſetze derſelben Geſetzgebung ſind in ihrer gegenſeitigen Beziehung aufzufaſſen und zu erklären [q]). 3) Bey einem zweydeutigen Worte eines Geſetzes iſt diejenige Bedeutung anzunehmen, welche einen vernünftigen und paſſenden Sinn giebt [r]). 4) Unter mehrern möglichen Deutungen gebührt derjenigen der Vorzug, welche dem Gegenſtande und Zwecke der Dispoſition am meiſten entſpricht, oder wodurch dieſelbe ausführbarer und wirkſamer wird [s]). 5) Wenn ein Geſetz für die Vergangenheit Etwas nachſieht, ſo verbietet es daſſelbe zugleich für die Zukunft [t]). 6) Was zu Jemandes Vortheil eingeführt iſt, darf nicht durch eine allzuſtrenge oder buchſtäbliche Auslegung zu ſeinem Nachtheil gedeutet werden [u]). 7) Ueberhaupt iſt im Zweifelsfall eine mildere Deutung der Geſetze der ſtrengern vorzuziehen [v]).

a) Varro de ling. lat. IX. „. . . . Cum . . . ratio, quae a similitudine oriretur, vocaretur *analogia*, ... quae sit ratio et proportio, quae a Graecis vocatur *ἀνάλογον*; hinc dicta *analogia*.“ (In Gothofr. Auctor. lat. ling. p. 93. u. 99.) — Gellius N. A. II. c. 25. „*Ἀναλογία* est: similium similis declinatio, quam quidam latine proportionem vocant.“ — Quintil. Instit. Orat. I. c. 6.

„. . . . . *analogia* praecipue, quam proxime ex graeco transferentes in latinum, proportionem vocaverunt. Ejus haec vis est, ut id, quod dubium est, ad aliquid simile, de quo non quaeritur, referat, ut incerta certis probet.“ — Isidor. Orig. I. c. 27. „*Analogia* graece, latine similium comparatio sive proportio nominatur. Cujus haec vis est, ut quod dubium est, ad aliquod simile, quod non est dubium, referatur, ut incerta certis probentur.“

b) Dieſe wird von den Röm. Juriſten unter dem Ausdruck *interpretatio* im weitern Sinne (ſ. §. 20. Note b) mit begriffen, z. B. tit. I. de legit. patron. tutel. (I. 17.) l. 11. u. 13. D. h. t. Bisweilen heißt die Analogie auch *ratio*, z. B. l. 60. §. 2. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) u. l. 32. §. 4. D. ad leg. Falcid. (XXXV. 2.); doch wird dieß Wort von den Röm. Juriſten ungleich häufiger theils in den gewöhnlichen Bedeutungen, theils auch, beſonders in Verbindung mit *juris*, für Rechtsregel, Rechtstheorie, oder auch Conſequenz des Rechts gebraucht. Vgl. Brissonius de V. S. v. *ratio*.

c) Von der Extenſiv-Interpretation unterſcheidet ſich die analoge Anwendung eines Geſetzes eigentlich dadurch, daß jene die geſetzliche Dispoſition nur auf ſolche Fälle ausdehnt, von welchen nach der Abſicht des Geſetzgebers anzunehmen iſt, daß er an ſie gedacht habe, dieſe hingegen auf ſolche Fälle, welche der Geſetzgeber nicht berückſichtigt hat, und nach der Lage der Dinge vielleicht gar nicht berückſichtigen konnte, die aber doch ihrer Natur nach ſich unter den Grund und Zweck des Geſetzes ſubſumiren laſſen. — Im concreten Falle wird freylich oft die Grenzlinie zwiſchen Beyden ſchwer zu beſtimmen ſeyn.

d) Dabey verſteht ſich von ſelbſt, daß, wenn der Grund des geſetzlich entſchiedenen Falles bey dem übergangenen Falle noch in höherm Grade paſſend iſt, dadurch die analoge Anwendung des Geſetzes nicht gehindert werden kann. Vgl. z. B. l. 32. pr. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.)

e) Vgl. Thibaut's Theorie der logiſchen Auslegung des Röm. Rechts §. 18. und Mühlenbruch's Lehrb. d. Pandekten-Rechts §. 64.

f) Im Röm. Rechte iſt die analoge Anwendung der Geſetze nicht nur überhaupt für zuläſſig und nothwendig erklärt, — Cic. pro Caecina c. 21. „. . . . omnibus in causis idem valebit, in quibus perspicitur una atque eadem causa aequitatis.“ l. 10 — 13. D. h. t. „Neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur, sed sufficit et ea, quae plerumque accidunt, contineri. Et ideo de his, quae primo constituuntur, aut *interpretatione*, aut constitutione optimi Principis certius statuendum est. — Non possunt omnes articuli singulatim aut legibus aut senatusconsultis comprehendi; sed *quum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere atque ita jus dicere debet.* Nam, ut ait Pedius, quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, *cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri.*“ l. 27. D.

s) l. 67. D. de regul. jur. (L. 17.) „Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est.“ — arg. l. 12. D. de rebus dubiis. (XXXIV. 5.) „Quoties..... ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat.“

t) l. 22. D. h. t. „Quum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat.“ (Eine Anwendung des ſog. argum. a contrario.)

u) l. 25. D. h. t. „Nulla juris ratio, aut aequitatis benignitas patitur, ut, quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.“ l. 6. C. h. t. l. 19. in f. C. de fide instrument. (IV. 21.) — Beyſpiele davon in der l. 13. §. 2. D. de excusat. (XXVII. 1.) u. l. 3. §. 5. D. de Carbon. edict. (XXXVII. 10.)

v) l. 18. D. h. t. „Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur.“ l. 56. D. de regul. jur. (L. 17.) „Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt.“ l. 155. §. 2. D. eod. „In poenalibus causis benignius interpretandum est.“ l. 42. D. de poenis. (XLVIII. 19.) „Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius, quam asperandae.“

Zuſatz. Ueber die Anwendung der Geſetze vgl. Glück's Einleit. in das Studium des röm. Privatrechts §. 13. u. 14. und Mühlenbruch's Lehrb. des Pandekten-Rechts §. 68.

§. 22.

Rechtsunkunde oder Rechtsirrthum.

Tit. D. de juris et facti ignorantia. (XXII. 6.)
Der gleichlautende Titel des Coder. (I. 18.)

Rechtsunkunde (juris ignorantia, a. u.) und Rechtsirrthum (juris error, ſ. a. u. oder error in jure), obwohl dem Begriffe nach verſchieden, ſtehen ſich doch in Anſehung der rechtlichen Folgen einander gleich. Es gilt nämlich die Regel, daß Rechtsunkunde oder Rechtsirrthum dem, welcher ſich darin befindet, ſchadet [a]), und zwar nicht blos da, wo es auf Erlangung eines Vortheils ankommt, und wo man alſo aus Rechtsirrthum verliert, was man ſonſt hätte erlangen können [b]), ſondern auch alsdann, wenn man, ohne dazu verbunden geweſen zu ſeyn, aus Rechtsirrthum Etwas von dem Seinigen bereits weggegeben oder geleiſtet hat, indem man dieß nicht wieder zurückfordern kann [c]). Dagegen ſchadet der Rechtsirrthum nicht, wo es nur darauf ankommt, einen noch nicht eingetretenen Verluſt des Seinigen abzuwenden, oder das zu behalten, was man noch inne

hat [d]). — Ueberhaupt aber wird, wenn der Rechtsirrthum ſchaden ſoll, vorausgeſetzt, daß man, in Ermangelung eigener Rechtskenntniſſe, Gelegenheit gehabt habe, durch Befragung eines Rechtskundigen ſich von dem, was Rechtens ſey, zu unterrichten [e]), und wenn es alſo an Gelegenheit dazu fehlte, (was freylich nicht präſumirt werden kann,) ſo darf der Rechtsirrthum auch nicht einmal an der Erlangung eines Gewinnes hinderlich ſeyn [f]). — Auch ſind manche Perſonen in Anſehung des Rechtsirrthums begünſtigt, ſo daß er ihnen in Fällen, wo er regelmäßig ſchadet, nicht zur Laſt gelegt wird; namentlich Minderjährige [g]), Frauensperſonen [h]), Soldaten [i]), und ſolche, auf welche der Begriff der rusticitas, d. h. Einfalt und Mangel an dem zur Rechts- und Geſchäftskenntniß erforderlichen Grad von Bildung, anwendbar iſt [k]). Doch tritt nicht bey allen dieſen Perſonen jene Begünſtigung in gleichem Umfange ein).

a) l. 9. pr. D. h. t. „Regula est, *juris quidem ignorantiam cuique nocere*, facti vero ignorantiam non nocere.“ l. 11. §. 4. D. de his, qui notantur infam. (III. 2.) „. . . . ignorantia . . . excusatur *non juris*, sed facti.“ l. 12. C. h. t. „Constitutiones Principum nec ignorare quemquam, nec dissimulare permittimus.“

b) l. 7. D. h. t. „Iuris ignorantia non prodest acquirere volentibus. . . . . .“ — l. 1. §. 1 — 3. u. l. 4. D. h. t. l. 10. D. de bonor. possess. (XXXVII. 1.) l. 31. pr. D. de usurpat. (XLI. 3.) l. 2. §. 15. in f. D. pro emtore. (XLI. 4.)

c) l. 10. C. h. t. „Quum quis jus ignorans indebitam pecuniam persolverit, cessat repetitio.“ — l. 9. C. ad leg. Falcid. (VI. 50.) „. . . . . quin etiam si jus ignoraverit, cessat repetitio.“ — l. 9. §. 5. D. h. t. „. . . . . Quod si ideo repetitionem ejus pecuniae habere credunt, quod imperitia lapsi legis Falcidiae beneficio usi non sunt, sciant, ignorantiam facti, non juris prodesse, nec stultis solere succurri, sed errantibus.“ — l. 29. §. 1. D. mandat. (XVII. 1.) — l. 3. pr. D. de SC. Maced. (XIV. 6.) — Andere Stellen ſcheinen freylich entgegen zu ſtehen, z. B. l. 7. D. h. t. „Iuris ignorantia . . . . . suum . . . petentibus non nocet;“ daher auch die Meinungen hierüber verſchieden ſind. S. insbeſondere Mühlenbruch, Ueber juris und facti ignorantia und deren Einfluß auf Rechtsverhältniſſe, (im Archiv für die Civil. Praxis, B. 2. Nr. 35.) §. 7. u. 8., und dagegen Seuffert in den Erörterungen einzelner Lehren des Röm. Privatrechts, Erſt. Abth. S. 74 — 77.

d) l. 8. D. h. t. „. . . . . omnibus juris error *in damnis amittendae rei suae* non nocet.“ — Eine Anwendung davon enthält l. 1. pr. D.

ut in possess. legat. (XXXVI. 4.), eine Ausnahme aber l. 48. pr. D. de fidejussor. (XLVI. 1.)

e) l. 9. §. 3. D. h. t.

f) l. 10. D. de bonor. possess. (XXXVII. 1.)

g) l. 9. pr. D. h. t. — l. 11. C. h. t. — l. 2. C. si advers. solut. (II. 33.)

h) l. 9. pr. D. h. t. — l. 38. §. 4. D. ad leg. Jul. de adult. (XLVIII. 5.) — l. 15. §. 5. D. de lege Cornel. de fals. (XLVIII. 10.) — l. 2. §. 7. D. de jure fisci. (XLIX. 14.) — l. 9. C. ad SC. Vellej. (IV. 29.)

i) l. 9. §. 1. D. h. t. — l. 1. C. h. t. — l. 22. pr. C. de jure delib. (VI. 30) „. . . . . *Arma enim magis, quam jura, scire milites,* sacratissimus legislator existimavit."

k) l. 7. §. 4. D. de jurisdict. (II. 1.) — l. 1. §. 5. D. de edendo. (II. 13.) — l. 3. §. 22. D. de SC. Silan. (XXIX. 5.) — l. 2. §. 7. D. de jure fisci. (XLIX. 14.) — l. 8. C. qui admitti ad bon. possess. poss. (VI. 9.)

l) l. 8. D. h. t. „. . . . . juris autem error nec feminis *in compendiis* prodest." — l. 9. pr. D. h. t. „. . . . . minoribus viginti quinque annis jus ignorare permissum est, quod et *in feminis in quibusdam causis* propter sexus infirmitatem dicitur." — l. 11. C. h. t. „Quamvis *in lucro nec feminis* jus ignorantibus subveniri soleat, tamen *contra aetatem adhuc imperfectam locum hoc non habere,* retro principum statuta declarant." — l. 3. u. 13. C. h. t. — l. 6. C. qui admitti ad bon. possess. poss. (VI. 9.) — l. 2. C. de in jus vocando. (II. 2.)

Erinnerung. Einige andere, den Rechtsirrthum eben ſowohl als den factiſchen Irrthum betreffende Bemerkungen können erſt bey Gelegenheit des Letztern im folgenden Buche vorgetragen werden.

Zweites Buch.

Von dem Rechte im subjectiven Sinne

§. 23.

Vorerinnerung.

Die allgemeine Lehre vom Rechte im subjectiven Sinne läßt sich füglich in folgende fünf Abschnitte zerlegen: I) Von den Personen, als den Subjecten der Rechte. II) Von den Sachen, als Objecten der Rechte. III) Von den Handlungen, insofern sie theils ebenfalls als Rechtsobjecte in Betracht kommen (s. die Einleitung §. 10.), theils auch sonst mannigfachen Einfluß auf Rechtsverhältnisse haben; (wie dieß insbesondere mit den Rechtsgeschäften der Fall ist.) IV) Von der Natur der Rechte überhaupt, ihrer Erwerbung, Erhaltung und ihrem Verluste. V) Von den Mitteln, die Rechte gerichtlich geltend zu machen und zu verfolgen.

Erster Abschnitt.

Von den Personen.

§. 24.

Begriff und oberste Eintheilung der Personen.

Das Wort *persona* [a]) wird im Röm. Rechte zwar nicht selten im gewöhnlichen Sinne gleichbedeutend mit homo [b]), und also auch von einem Sclaven [c]) gebraucht; im technischen Sinne aber bezeichnet es theils ein rechtsfähiges Subject [d]), theils die Rechtsfähigkeit, bald im Allgemeinen [e]), bald in Bezug auf bestimmte Rechtsverhältnisse [f]), und in diesem Sinne wird die persona dem Sclaven abgesprochen [g]). — Auf der andern Seite aber werden, außer den einzelnen Menschen, auch noch verschiedene andere Rechtssubjecte angenommen. Hierauf be-

ruht die Eintheilung der Perſonen in phyſiſche und juriſtiſche (auch moraliſche, oder myſtiſche, oder fingirte Perſonen genannt). Zu den Erſtern gehört jeder einzelne rechtsfähige Menſch; zu den Letztern aber ſind die ideellen Rechtsſubjecte zu rechnen, d. h. die nur im Begriff als Perſonen gedacht werden [h]). — Uebrigens kann ein und derſelbe Menſch in juriſtiſcher Hinſicht auch mehrere Perſonen vorſtellen, d. h. mehrere Eigenſchaften oder Qualitäten, woraus beſondere Rechte oder Verbindlichkeiten für ihn entſpringen, in ſeiner Perſon vereinigen (* unus homo plures sustinere potest personas *) [i]); und dann gilt als Regel, daß bey vorkommenden Rechtshandlungen in der Beurtheilung ihrer Erforderniſſe und Folgen, jene verſchiedenen Eigenſchaften deſſelben Menſchen von einander zu trennen ſind, und das, was ſich nur auf die Eine gründet oder bezieht, nicht auch auf die Andere erſtreckt werden darf [k]). Umgekehrt kommt es auch in gewiſſen Rechtsverhältniſſen vor, daß mehrere Perſonen zuſammen nur für Eine gerechnet werden [l]).

a) Ueber die Ableitung deſſelben von personare ſ. Gellius N. A. V. 7.

b) Z. B. l. 2. u. 3. D. de statu hominum. (I. 5.) — In der l. 17. §. 9. D. de action. emt. et vend. (XIX. 1.) kommt dieß Wort ſogar für Figuren, die einen Menſchen vorſtellen (Statuen), vor.

c) Z. B. Gaj. I. §. 49. 50. u. 123. II. §. 96. III. §. 163. u. 189. IV. §. 80. — Ulp. XIX. §. 18. — pr. I. de his, qui sui vel al. jur. s. (I. 8.) — l. 86. §. 2. D. de legat. I. (XXX.) — l. 215. D. de verb. signif. (L. 16.) l. 22. pr. D. de regul. jur. (L. 17.) — Daher auch der Gegenſatz von *serviles* und *liberae personae* (a. u.) bey Gaj. I. §. 120. u. 121.

d) Z. B. pr. I. de stipulat. serv. (III. 17. od. 18.) l. 61. D. de acquir. rer. domin. (XLI. 1.) — Steht eine Perſon in öffentlichen Rechtsverhältniſſen, ſo heißt ſie *publica persona*, §. 5. I. de Atil. tut. (I. 20.), und eine ſolche Perſon, der eine beſondere Achtung und Ehrfurcht von Seiten Anderer gebührt, wird mit dem Ausdruck *honesta et sancta persona* bezeichnet. l. 9. D. de obsequiis parent. et patron. praest. (XXXVII. 15.)

e) S. die Stellen in der Note g).

f) Z. B. l. 3. Th. C. de matern. bon. (VIII. 18.) l. 6. §. 6. J. C. de postulando. (II. 6.)

g) Nov. Th. C. 24. §. 2. „. . . . Servos . . . . quasi nec personam

habentes. . . ." Cassiodor. Var. VI. 8. „Servos, qui personam legibus non habent. — Daher heißen die Sclaven bey Theophilus II. 14. §. 2. u. III. 17. pr. „ἀπρόσωποι" (personam non habentes).

h) In der l. 9. §. 1. D. quod metus causa gest. er. (IV. 2.) kommt für eine physische Person der Ausdruck *singularis persona* vor, im Gegensatz von „populus, vel curia, vel collegium, vel corpus." — Eine juristische Person wird auch so umschrieben: *personae vicem sustinet*, oder *personae vice fungitur*. §. 2. I. de hered. instit. (II. 14.) pr. I. de stipulat. serv. (III. 17. od. 18.) — l. 116. §. 3. D. de legat. I. (XXX.) l. 22. D. de fidejussor. (XLVI. 1.)

i) Cic. de orat. II. c. 24. — l. 1. pr. u. l. 5. pr. D. de auctor. tutor. (XXVI. 8.) — l. 13. §. 5. D. ad SC. Trebell. (XXXVI. 1.) — Nicht entgegen ist l. 9. pr. D. de pact. (II. 14.) „. . . . . difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat."

k) §. 4. I. de inoffic. testam. (II. 18.) l. 16. D. de in jus voc. (II. 4.) l. 39. in f. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) — l. 3. u. 4. D. de adopt. (I. 7.) l. 5. D. de manumiss. vind. (XL. 2.)

l) l. 9. pr. D. de pact. (II. 14.) l. 11. C. de impub. et al. substitut. (VI. 26.) „. . . . . cum et natura pater et filius eadem esse persona paene intelligantur."

Erinnerung 1. Mit der Rechtsfähigkeit ist nicht zu verwechseln die rechtliche Handlungsfähigkeit. Denn diese kann einerseits auch rechtsunfähigen Subjecten zukommen, namentlich Sclaven, als welche durch Rechtshandlungen für ihre Herrn erwerben können, §. 3. I. per quas pers. nob. acquir. (II. 9.), und andererseits manchen rechtsfähigen Subjecten wegen persönlicher Mängel oder Hindernisse fehlen, z. B. Kindern und Wahnsinnigen. §. 8. u. 10. I. de inutil. stipulat. (III. 19. od. 20.)

Erinnerung 2. Der Unterschied zwischen physischen und juristischen Personen kommt zwar im Röm. Rechte vor (s. Note h), wird jedoch nicht als die oberste Eintheilung im Personenrechte vorgetragen; vielmehr ist dieß mit dem Unterschied zwischen Freyen und Sclaven der Fall. Vgl. §. 2. und 27.

Erstes Capitel.

Von den physischen Personen.

Tit. I. de jure personarum. (I. 3.)
Tit. D. de statu hominum. (I. 5.)

§. 25.

Von der Rechtsfähigkeit überhaupt.

Die allgemeine oder natürliche Rechtsfähigkeit ist dadurch bedingt, daß man ein Mensch sey und die äußern Kenn-

zeichen der menſchlichen Natur an ſich trage. Wenn daher das von einem Weibe Geborne im Weſentlichen nicht menſchenartig geſtaltet iſt [a]), ſo iſt es, als ein monstrum oder prodigium, aller Rechte unfähig [b]); während dagegen durch minder weſentliche Abweichungen von der regelmäßigen menſchlichen Geſtalt) die Rechtsfähigkeit im Allgemeinen nicht beſchränkt wird [d]). — Aber auch ein noch im Mutterleibe befindliches Kind, (qui in utero [oder ventre] est, oder id, quod in utero est, oder venter, partus, foetus, oder auch postumus genannt,) obſchon es nach den Anſichten der Alten nur für einen Theil des Leibes der Mutter galt [e]), wird doch im Rechte allerdings berückſichtigt [f]). Denn nicht allein wird die Hoffnung ſeiner Geburt durch vorſorgliche Maaßregeln der Geſetze geſchützt [g]), ſondern es wird auch der Embryo da, wo es ſeinen eigenen Vortheil betrifft, wie ein bereits geborner Menſch angeſehen [h]); (* Nasciturus pro jam nato habetur, si de ejus commodo agitur; *) doch bleibt die Realiſirung der ihm zugedachten Rechte bis zum Moment ſeiner Geburt ſuspendirt [i]). Damit er nun aber dieſer und anderer Rechte wirklich theilhaftig werde, iſt erforderlich, nicht nur, daß er nach dem oben Bemerkten, mit menſchlicher Geſtalt, ſondern auch, daß er lebendig (cum spiritu) geboren werde [k]), und daß die Geburt nicht eine allzu frühzeitige und unreife (abortus) ſey [l]). — Uebrigens hört die Rechtsfähigkeit eines Menſchen natürlich mit deſſen Tode wieder auf [m]); doch ſteht auch noch der Leichnam und der gute Name eines Verſtorbenen unter dem Schutze der Geſetze [n]).

a) Dieß ſoll, wie man gewöhnlich annimmt, nach dem Kopfe, als dem Haupttheile des Menſchen, zu beurtheilen ſeyn, arg. l. 44. pr. D. de religios. (XI. 7.); doch iſt dieß wohl zu einſeitig. Vgl. Fritz Erläuterungen zu Wening-Ingenheims Lehrb. des gem. Civilr. Erſt. H. S. 134.

b) Paul. IV. 9. §. 3. — l. 14. D. h. t. „Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur, veluti si mulier monstrosum aliquid, aut prodigiosum enixa sit;“ u. l. 3. in f. C. de postum. hered. instit. (VI. 29.) — Indeſſen helfen ſelbſt monſtröſe Geburten ihren Eltern zur Abwendung der mit der Kinderloſigkeit verknüpften Nachtheile. l. 135. D. de verb. signif. (L. 16.) Ueber die Vereinigung dieſer Stelle mit Paulus a. a. O. und der daher entlehnten l. 14. D. h. t. ſ. Schulting Jurispr. Ante-Iustin. p. 415. not. 11. u. 12. und Eckhard Hermeneut. jur. §. 199.

c) Dergleichen mißgeſtaltete Geburten pflegen von den Neuern ſpeciell *portenta* oder *ostenta* genannt zu werden; allein im Röm. Rechte kommt der erſtere Ausdruck gar nicht vor, (obgleich das Beywort *portentosum*,) und der letztere für Mißgeburten jeder Art. l. 38. D. de verb. signif. (L. 16.) „*Ostentum* Labeo definit: omne contra naturam cujusque rei genitum factumque. Duo genera autem sunt ostentorum: unum, quoties quid contra naturam nascitur, tribus manibus forte aut pedibus, aut qua alia parte corporis, quae naturae contraria est; alterum, quum quid prodigiosum videtur, quae Graeci φαντάσματα vocant.“

d) Paul. IV. 9. §. 4. — l. 14. D. h. t. „.... Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus; et ideo inter liberos connumerabitur.“

e) l. 1. §. 1. D. de inspic. ventre. (XXV. 4.) „..... partus ..., antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum.“ l. 9. §. 1. D. ad leg. Falcid. (XXXV. 2.) „..... partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur.“ — Daß dieß ein Lehrſatz der Stoiker geweſen ſey, ergiebt ſich aus Plutarch περὶ τῶν ἀρεσκόντων τοῖς φιλοσόφοις (de placitis philosophorum) V. c. 15., und aus Seneca epist. ult. — Vgl. auch Eckhard Hermeneut. jur. §. 137.

f) Vor der Conception aber iſt dieß noch nicht der Fall. §. 8. I. de hereditat., quae ab intest. defer. (III. 1.) l. 1. §. 8. D. unde cognati, (XXXVIII. 8.) l. 6 — 8. pr. D. de suis et legitim. hered. (XXXVIII. 16.)

g) Vgl. 1) l. 2. D. de mort. infer. (XI. 8.) — 2) l. 18. D. h. t. u. l. 3. D. de poenis. (XLVIII. 19.) — 3) l. 38. §. 5. u. l. 39. D. eod. l. 4. D. de extraord. crim. (XLVII. 11.) l. 8. D. ad leg. Cornel. de sicar. (XLVIII. 8.)

h) l. 7. D. h. t. „Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur; quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit.“ l. 26. D. h. t. „Qui in utero sunt, in toto paene jure civili intelliguntur in rerum natura esse.“ l. 231. D. de verb. signif. (L. 16.) „Quod dicimus, eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, quum de ipsius jure quaeritur; aliis autem non prodest, nisi natus.“ — Anwendungen davon z. B. bey Gaj. II. §. 130 — 132. und III. §. 4. — Ulp. XXII. §. 15. u. 18 — 22. und XXVI. §. 3. — Collatio XVI. c. 2. §. 4. — §. 1. I. de exheredat. liber. (II. 13.) §. 26 — 28. I. de legat. (II. 20.) §. 2. in f. u. §. 8. I. de hereditat., quae ab intest. defer. (III. 1.) — l. 4. l. 9. pr. l. 10. u. 12. D. de liber. et postum. (XXVIII. 2.) l. 30. §. 1. D. de acquir. hered. (XXIX. 2.) l. 5. §. 1. l. 6. u. l. 7. pr. D. de reb. dub. (XXXIV. 5.) l. 26. D. h. t.

i) l. 3. D. si pars heredit. pet. (V. 4.) „Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent, ...“ — l. 7. pr. D. de reb. dub. (XXXIV. 5.)

k) l. 129. D. de verb. signif. (L. 16.) l. 12. §. 1. D. de liber. et postum. (XXVIII. 2.) l. 3. C. de postum. hered. instit. (VI. 29.) — Daß aber ein Kind geſchrieen haben müſſe, um für ein lebendig gebornes zu gelten, iſt nach Juſtinian's Entſcheidung in der l. 3. C. cit., welcher hierin die Meinung der Sabinianer beſtätigte, nicht erforderlich. — Ob übrigens die dießfallſige Streitfrage des ältern Rechts gerade zu denen gehört habe, worüber die Secten oder Schulen der Röm. Juriſten uneins waren, iſt nicht ganz ausgemacht, da Juſtinian in jener Conſtitution nicht auch der Proculianer gedenkt. Vgl. Hugo's Rechtsgeſch. S. 837. Note 8) d. 11ten Aufl.

l) Paul. IV. 9. §. 6. u. l. 2. C. de postum. hered. (VI. 29.) — Blos hierauf iſt das von unſern Juriſten gewöhnlich als dritte Bedingung der Rechtsfähigkeit aufgeſtellte Erforderniß der Vitalität (Lebensfähigkeit) eines Kindes zu beſchränken. — Noch weiter gehen Seuffert in den Erörterungen einzelner Lehren des Röm. Privatrechts, Erſt. Abth. S. 50 — 52., und Dähne, Ueber die Lebensfähigkeit in juriſt. Beziehung, in der Themis, herausg. von Elvers, B. 2. H. 2. Nr. XIV.

m) l. 1. §. 43. D. de aqua quotid. (XLIII. 20.) „. . . . . quod datur personis, cum personis amittitur.“ l. 3. §. 3. D. quib. mod. ususfr. amitt. (VII. 4.) „. . . . . quum jus fruendi morte exstinguatur, sicuti si quid aliud, quod personae cohaeret.“

n) l. 1. §. 4. u. 6. D. de injur. (XLVII. 10.)

Zuſatz 1. Nach Dionysius Halic. II. c. 15. ſoll ſchon Romulus den Vätern erlaubt haben, monſtröſe Kinder, auch wenn ſie noch nicht 3. Jahre alt wären, zu tödten oder auszuſetzen, jedoch nur unter der Vorausſetzung, daß dergleichen Kinder vorher fünf Nachbarn vorgezeigt worden, und dieſe darin einverſtanden geweſen wären. (Vgl. Dirkſen's Verſuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts, S. 303 — 305.) Zufolge der zwölf Tafeln aber ſollte, ſoviel ſich aus einer beyläufigen Aeußerung von Cicero de legib. III. c. 8. abnehmen läßt, eine monſtröſe Geburt (insignis ad deformitatem puer) alsbald getödtet werden; (vgl. Deſſelben Ueberſicht der bisherigen Verſuche zur Kritik und Herſtellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente, S. 264 — 270.) und dieß fand auch noch in ſpätern Zeiten bey den Römern Statt. Seneca de ira I. c. 15.

Zuſatz 2. So wie das Leben eines Menſchen, ſo iſt auch der Tod deſſelben, als eine Thatſache, die nicht präſumirt werden kann, von demjenigen, der ſich darauf beruft, zu erweiſen. Nov. 117. c. 11. Denn auch die hin und wieder im Röm. Rechte, namentlich l. 56. in f. D. de usufr. (VII. 1.) l. 8. in f. D. de usu et usufr. per legat. dat. (XXXIII. 2.) u. l. 23. pr. u. §. 1. C. de sacrosanct. eccles. (I. 2.), vorkommende Aeußerung: daß 100. Jahre das längſte Ziel des menſchlichen Lebens ſeyen, hat keineswegs zum Zweck, auf den Ablauf dieſer Zeit die Präſumtion des Todes zu gründen. — Ferner muß bey dem ungefähr zu gleicher Zeit erfolgten Tode Mehrerer (commorientes oder pariter mortui) die Priorität des Todes, d. h. der Umſtand, daß der

Eine vor dem Andern verstorben sey, ebenfalls von demjenigen, welcher daraus ein Recht für sich ableiten will, in der Regel bewiesen werden. l. 34. D. ad SC. Trebell. (XXXVI. 1.) und l. 16 — 18 pr. D. de reb. dub. (XXXIV. 5.) Nur bey Eltern und Kindern, die in einem solchen Falle sind, tritt bis zum Beweis des Gegentheils die Rechtsvermuthung ein, daß das unmündige Kind früher, das mündige aber später, als die Eltern, verstorben sey, l. 9. §. 1. 2. u. 4. l. 16. pr. l. 22. und 23. D. eod. l. 26. pr. D. de pact. dotal. (XXIII. 4.); doch kommen auch hiervon Ausnahmen vor. l. 9. §. 2. D. de reb. dub. (XXXIV. 5.) und l. 17. §. 7. D. ad SC. Trebell. (XXXVI. 1.) — Eine weitere Ausdehnung giebt jener Rechtsvermuthung Mühlenbruch im Archiv für die Civil. Praxis, B. 4. S. 399 — 403.

§. 26.

Von der bürgerlichen Rechtsfähigkeit insbesondere. — Begriff von status und caput und dreyfache Hauptbeziehung desselben [a]).

Von der natürlichen Rechtsfähigkeit, die nach dem natürlichen Rechte jedem Menschen, als solchem, zusteht, ist zu unterscheiden die bürgerliche Rechtsfähigkeit, die auf positiven Einrichtungen und Bestimmungen beruht, und nicht allen Menschen auf gleiche Weise zukommt. Nach dem Röm. Rechte ist sie abhängig vom *status* im technischen Sinne. Zwar findet sich dieses Wort auch in unsern Rechtsquellen nicht selten in der vulgären Bedeutung für irgend einen Zustand einer Person [b]), ingleichen für Zustand, Lage oder Beschaffenheit einer Sache [c]) oder eines Rechtsgeschäfts oder Rechtsverhältnisses [d]); aber als juristischer Kunstausdruck bezeichnet *status* den bürgerlichen Zustand eines Menschen, wodurch die Rechtsfähigkeit im Allgemeinen oder für gewisse Verhältnisse bedingt ist [e]), und wird in diesem Sinne hauptsächlich auf folgende drey bürgerlichen Zustände oder Verhältnisse bezogen: Freyheit, Civität und Familienstand [f]). Nach dieser dreyfachen Hauptbeziehung jenes Begriffs unterscheidet man den *status libertatis* [g]), den sog. *status civitatis* und den sog. *status familiae* [h]). In einem engern Sinne wird status vorzugsweise auf den Zustand der Freyheit [i]) und des Bürgerrechts [k]) bezogen, und dagegen der Familienstand speciell *status hominis* (n. a. u.) genannt [l]); doch kommt auch für den Letztern der Ausdruck *status* schlecht-

hin vor [m]). — Auf die durch den status bedingte Rechtsfähigkeit geht auch das Wort *caput* im technischen Sinne [n]); doch wird es außerdem auch in der gewöhnlichen Bedeutung für Mensch überhaupt gebraucht [o]), und demnach das *servile caput* [p]) vom *liberum caput* (a. u.) [q]) unterschieden.

a) Vgl. Feuerbach, Ueber den Röm. Begriff von Status ꝛc. in Deſſen Civiliſt. Verſuchen Nr. VI. — von Löhr, Ueber den Status, in Deſſen und v. Grolman's Magazin, B. 4. Nr. I.

b) Z. B. in der Ueberſchrift des hierher gehörigen Digeſtentitels, ferner l. 5. §. 1. u. 2. D. de extraord. cognit. (L. 13.) „dignitatis illaesae status" und „status dignitatis." — l. 1. §. 10. D. ad SC. Turpill. (XLVIII. 16.) „status turpitudo." — l. 13. D. de probation. (XXII. 3.) „status aetatis." — l. 5. C. quando dies leg. ced. (VI. 53.) „legitimus status" (für legitima aetas, d. h. Volljährigkeit, worauf ſich auch die in der l. 77. §. 14. D. de legat. II. [XXXI] vorkommende Redensart: „ad statum suum pervenire," bezieht.) — Oefters kommt auch *conditio* für den perſönlichen Zuſtand eines Menſchen vor, z. B. bey Gaj. I. §. 13. 29. 30. 56. 67. u. ſ. w. Ulp. V. §. 8. u. VII. §. 4. — l. 32. §. 2. u. l. 34. pr. D. de acquir. heredit. (XXIX. 2.) l. 1. pr. D. de liber. causa. (XL. 12.) l. 2. D. de term. mot. (XLVII. 21.) l. 38. §. 9. D. de poenis. (XLVIII. 19.) l. 1. C. de postlim. revers. (VIII. 51.)

c) Z. B. l. 32. §. 1. D. de pecul. (XV. 1.) l. 2. §. 2. D. ubi pupill. educ. deb. (XXVII. 2.) — §. 4. I. de justit. et jur. (I. 1.) u. l. 1. §. 2. D. eod. (I. 1.)

d) Z. B. l. 5. D. de transact. (II. 15.) l. 36. D. de reb. cred. (XII. 1.) l. 32. pr. D. de donat. int. vir. et ux. (XXIV. 1.) l. 8. §. 3. D. de jure codicill. (XXIX. 7.) l. 124. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) l. 9. §. 1. D. de duob. reis constit. (XLV. 2.) l. 21. pr. D. de fidejussor. (XLVI. 1.)

e) pr. u. §. 5. I. de capit. minut. (I. 16.) l. 1. u. 4. D. eod. (IV. 5.) l. 2. 8. 20. u. 21. D. h. t. l. 9. §. 4. D. de minor. (IV. 4.) l. 1. §. 11. l. 3. §. 2. D. de Carbon. edict. (XXXVII. 10.) l. 7. D. de jure fisci. (XLIX. 14.) l. 6. C. de fide instrum. (IV. 21.) — Uebrigens iſt das Wort *status* auch im techniſchen Sinne ein vocabulum medium. Denn aus Rückſicht auf den bürgerlichen Zuſtand, in welchem man ſich befindet, kann man die darauf bezüglichen Rechte entweder haben oder entbehren. Gaj. I. §. 89. l. 86. §. 2. D. de legat. I. (XXX.) l. 6. §. 3. D. de Carbon. edict. (XXXVII. 10.) l. 1. §. 4. u. l. 3. D. ne de statu defunctor. (XL. 15.) l. 1. §. 7. D. de tabul. exhib. (XLIII. 5.) l. 2. u. 11. C. de liberali causa (VII. 16.) l. 3. C. soluto matrim. (V. 18.) — Ulp. XX. §. 11. l. 14. u. 15. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.) l. 2. §. 3. D. unde legitimi. (XXXVIII.

7.) l. 1. §. 1. D. ad SC. Tertull. (XXXVIII. 17.) Doch bezeichnet dieß Wort vorzugsweise die vortheilhafte Seite des bürgerlichen Zuſtandes, alſo die dadurch bedingte Rechtsfähigkeit. Vgl. die zu Anfange dieſer Note citirten Stellen; wodurch ſich wohl die von Hugo in der Rechtsgeſch. S. 119. u. 120. (d. 11ten Aufl.) gegen die techniſche Bedeutung dieſes Worts erhobenen Zweifel erledigen.

f) l. 11. D. de cap. min. (IV. 5.) „. . . . . *tria* enim sunt, quae habemus: *libertatem, civitatem, familiam.*“

g) Dieſer bisher gewöhnlich für unächt gehaltene Ausdruck findet ſich in einer neu entdeckten Conſtitution von Conſtantin, nämlich d. l. 5. Th. C. ad SC. Claudian. (IV. 11. nach der Ausgabe von Wenck.)

h) Bey Cicero kommt der Ausdruck *familiarum status* vor, nämlich de legib. I. c. 7. „. . . . . agnationibus *familiarum* distinguuntur *status.*“ — So einfach dieſe Worte ſind, ſo gezwungen werden ſie doch von den Interpreten Cicero's (namentlich auch von Ernesti in der Clav. Cicer. v. *status*,) erklärt.

i) Z. B. l. 8. §. 1. D. quod metus causa gest. er. (IV. 2.) l. 12. §. 1. l. 24. pr. u. l. 41. pr. D. de liber. causa. (XL. 12.) l. 28. C. eod. (VII. 16.) l. 3. l. 9 — 11. C. de ingen. manumiss. (VII. 14.) — tit. D. (XL. 15.) und tit. C. (VII. 21.) ne de *statu* defunctorum post quinquennium quaeratur. — Auch die Ausdrücke: status controversia, status quaestio (a. u.), status causa (a. u.), werden gewöhnlich (jedoch nicht immer, ſ. Note l) auf Streitigkeiten oder Unterſuchungen über den Zuſtand der Freyheit bezogen. l. 39. §. 5. D. de procurator. (III. 3.) l. 8. pr. l. 25. §. 2. u. l. 27. §. 1. D. de liber. causa. (XL. 12.) l. 8. §. 2. D. ratam rem haberi. (XLVI. 8.) l. 1. 4. 5. u. 7. C. de ordine cognit. (VII. 19.) tit. C. ubi causa *status* agi deb. (III. 22.)

k) l. 1. §. 8. D. ad SC. Tertull. (XXXVIII. 17.) l. 1. §. 1. Th. C. de revoc. donation. (VIII. 13.)

l) Ulp. XI. §. 13. — §. 3. I. de capit. minut. (I. 16.) — Damit iſt nicht der in der l. 4. C. de ord. cognit. (VII. 19.) für den Zuſtand der Freyheit vorkommende Ausdruck *status personae* zu verwechſeln.

m) Paul. I. 7. §. 2. und l. 2. D. de in integr. restitut. (IV. 1.) vergleichen mit der l. 2. pr. D. de cap. min. (IV. 5.) — Paul. III. 6. §. 29. — l. 3. §. 6 — 11. D. de Carbon. edict. (XXXVII. 10.)

n) §. 4. I. de cap. min. (I. 16.) vergl. mit l. 3. §. 1. in f. D. eod. (IV. 5.) l. 50. §. 3. D. de pecul. (XV. 1.) l. 10. D. pro emtore. (XLI. 4.) vergl. mit l. 4. §. 16. D. de usurpat. (XLI. 3.) — Daher auch capitis deminutio u. d. gl. S. §. 32.

o) l. 2. D. de public. judic. (XLVIII. 1.) l. 195. §. 2. D. de verb. signif. (L. 16.) — Ueber andere, hierher nicht gehörige Bedeutungen dieſes Worts ſ. Brissonius de V. S. v. *caput.*

p) l. 3. §. 1. D. de cap. minut. (IV. 5.)

q) **Livius VI. c. 12. Gaj. I. §. 166. Ulp. XI. §. 5. I. 2. §. 2. D. de lege Rhod. (XIV. 2.)**

Zuſatz. Ueber die bey den Neuern übliche, aber dem Röm. Rechte fremde Eintheilung des status in den *naturalis* und den *civilis*, und das, was man unter Jeden derſelben zu ſubſumiren pflegt, ſ. Höpfner's Commentar über die Heineccianiſchen Inſtitutionen, §. 62. Glück's Erläut. d. Pandect. B. 2. S. 58 — 60. und Mühlenbruch's Lehrb. d. Pandekten-Rechts §. 182.

§. 27.

1) Status libertatis.

Außer den zu Anfange dieſes Capitels angeführten Titeln gehören hierher auch:

Tit. I. de ingenuis. (I. 4.) und de libertinis. (I. 5.)
Tit. D. si ingenuus esse dicetur. (XL. 14.)
Tit. C. de ingenuis manumissis. (VII. 14.)

In Bezug auf den Freyheitszuſtand, worauf die Röm. Juriſten die oberſte Eintheilung im Perſonenrechte gründen [a]), ſind die Menſchen entweder Freye (liberi), oder Sclaven (servi [b]), servae, ancillae [c]), mancipia [d]), famuli, auch homines ſchlechthin, oder auch pueri genannt,) je nachdem ſie von der Gewalt und dem Eigenthumsrechte eines Herrn (potestas domini oder dominium) unabhängig, oder demſelben unterworfen ſind; was bey allen Völkern des Alterthums angenommen war [e]). Von der *libertas* (wonach auch die liberi benannt ſeyn ſollen [f]),) lautet die Legaldefinition ſo: „naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur“ [g]); doch enthält ſie mehr eine Beſchreibung von der natürlichen Willkühr des Menſchen, (wie ſie auch dem Sclaven nicht abgeſprochen werden kann,) als von der Freyheit im privatrechtlichen Sinne [h]). Die *servitus* wird ſo definirt: „constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur“ [i]). — Unter den Sclaven nun findet, ſo ſehr ſie auch hinſichtlich der Dienſte verſchieden unter einander ſind [k]), doch in Anſehung ihres Rechtszuſtandes kein Unterſchied Statt [l]). Denn Alle ermangeln eigentlich der Perſönlichkeit im Sinne des poſitiven Rechts [m]), ſie werden als Rechtsobjecte oder Sachen [n]), und mithin in Bezug auf das bürgerliche Recht als null oder todt angeſehen [o]); doch wird ihnen

nicht allein die Empfänglichkeit für das jus naturale (wie freylich auch den Thieren, s. §. 9.) beygelegt [p]), sondern es liegt auch theils in der schon im jus gentium angenommenen Möglichkeit ihrer Freylassung [q]), theils in manchen auf Milderung ihres Verhältnisses abzweckenden Bestimmungen des Röm. Rechts [r]) eine gewisse Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit [s]). — Was aber die Freyen betrifft, so sind sie wiederum [t]) entweder Freygeborne (ingenui), oder Freygelassene (libertini oder liberti [u])); und aus Rücksicht auf diese Verschiedenheit kommt neben der oben angegebenen dichotomischen Eintheilung der Menschen auch die aus drey Gliedern bestehende vor: liberi, servi und libertini oder liberti [v]). *Ingenui* sind: „qui liberi nati sunt“ [x]), oder: „qui ex matre libera nati sunt“ [y]); *libertini* aber: qui ex justa servitute [z]) manumissi sunt“ [aa]). — Zu den ingenui gehören also nach einer sowohl auf dem jus gentium beruhenden, als im jus civile anerkannten Regel diejenigen, welche von einer freyen Mutter geboren sind, gesetzt auch, daß der Vater ein Sclave oder ganz ungewiß seyn sollte [bb]); und selbst bey der Mutter ist es genug, wenn sie nur entweder im Augenblick der Geburt, oder der Conception, oder auch einmal während der Schwangerschaft, obschon nicht fortdauernd, frey gewesen ist [cc]). Es litt aber jene Regel im ältern Rechte zufolge eines Senatusconsultum Claudianum folgende 3. Ausnahmen: 1) Eine Röm. Bürgerin, die sich mit einem fremden Sclaven unter Zustimmung seines Herrn einließ, konnte vermöge eines Vertrags mit diesem Herrn für ihre Person frey bleiben, und doch Sclavenkinder bekommen [dd]). 2) Umgekehrt wurden die von einem freyen Manne mit einer fremden Sclavin, die er für frey gehalten hatte, erzeugten männlichen Kinder als Freye geboren [ee]). 3) Dasjenige Kind aber wurde als Sclave geboren, welches aus der Verbindung einer Freyen mit einem fremden Sclaven, dessen Sclavenstand sie gekannt hatte, abstammte [ff]). Allein die erste Ausnahme hob Hadrian wegen der dießfallsigen Inconsequenz des Rechts (inelegantia juris motus), und aus gleichem Grunde Vespasian die zweite auf [gg]), und auch die dritte Ausnahme kommt im Justinianischen Rechte, in Folge der von Justinian geschehenen Abschaffung jenes Claudianischen Senatusconsults [hh]), nicht mehr vor. Außerdem ist auch die von den Kai-

ſern **Leo** und **Anthemius** als Ausnahme von der obigen Regel eingeführte Beſtimmung, daß die aus der verbotenen Verbindung einer Patronin mit ihrem Freygelaſſenen entſproſſenen Kinder als Sclaven geboren werden und dem Fiscus anheim fallen ſollten [ii]), in das **Juſtinianiſche** Recht nicht aufgenommen worden. Endlich ſchadet es auch der ingenuitas Nichts, wenn ein Freygeborner einmal in einem ſclaviſchen oder ſclavenähnlichen Verhältniſſe ſich befunden, und nachher daraus wieder entlaſſen worden iſt; denn er wird dadurch doch nicht libertinus, ſondern bleibt ingenuus[kk]). — Die Freygelaſſenen waren im **Vorjuſtinianiſchen** Rechte von dreyfacher Art: entweder cives Romani, oder Latini Juniani, oder dediticiorum numero [ll]), (wovon das Nähere erſt im beſondern Theile vorgetragen werden kann;) **Juſtinian** aber hob dieſen Unterſchied auf[mm]), während er dagegen den Unterſchied zwiſchen Freygebornen und Freygelaſſenen im Weſentlichen, namentlich in Anſehung des Verhältniſſes der Letztern zu ihrem Freylaſſer und der demſelben gegen ſie zuſtändigen Rechte (jus patronatus), fortbeſtehen ließ[nn]). — Uebrigens giebt es auch gewiſſe (ebenfalls erſt im beſondern Theile näher zu erörternde) Mittelſtufen zwiſchen Freyen und Sclaven. Auf einer ſolchen ſtanden im ältern Rechte theils die addicti[oo]) oder adjudicati[pp]) und die nexi[qq]), theils die mancipati oder in causa mancipii[rr]), theils die, welche in Folge einer unfeyerlichen Freylaſſung nur in einem freyheitsähnlichen Zuſtande ſich befanden (in libertate morabantur oder erant, bis ſie dann zufolge der lex **Junia** Latini Juniani wurden)[ss]); im neuern Rechte aber bilden eine ſolche Mittelſtufe die coloni oder adscripticii [tt]), und ſowohl nach älterm als neuerm Rechte die dem Feinde Abgekauften (ab hostibus redemti, a. u.)[uu]).

a) **Gaj. I. §. 9.** „Et quidem summa divisio de jure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.“ — l. 3. D. h. t. (I. 5.) und pr. I. h. t. (I. 3.)

b) l. 4. §. 2. D. h. t. (I. 5.) „*Servi* ex eo appellati sunt, quod Imperatores captivos vendere, ac per hoc *servare* nec occidere solent.“ — l. 239. §. 1. D. de verb. signif. (L. 16.) §. 2. I. h. t. (I. 3.) und **Isidor. Or. IX. c. 4.**

c) Doch werden auch die Sclavinnen unter dem Ausdruck *servi* mit begrif-

fen, nicht aber umgekehrt die Sclaven unter dem Ausdruck *ancillae*. l. 40. §. 1. u. l. 101. §. 3. D. de verb. sign. (L. 16.) l. 81. pr. D. de legat. III. (XXXII.)

d) l. 4. §. 3. D. h. t. (I. 5.) „*Mancipia* vero dicta, quod ab hostibus manu capiantur.“ — §. 2. I. h. t. (I. 3.) — Varro de ling. lat. V. c. 8. in f. Donat. ad Terent. Adelph. II. 1. 28. und Isidor. l. c.

e) Gaj. I. §. 52. „In potestate itaque sunt servi dominorum. Quae quidem potestas juris gentium est; nam *apud omnes peraeque gentes* animadvertere possumus, ...“ l. 1. §. 1. D. de his, qui sui vel al. jur. sunt. (I. 6.) §. 1. I. eod. (I. 8.) — l. 4. D. de justit. et. jur. (I. 1.) pr. I. h. t. (I. 5.) — l. 64. D. de condict. indeb. (XII. 6.) „ . . . . . libertas naturali jure continetur, et dominatio ex gentium jure introducta est.“ — Uebrigens kann es Ausnahmsweise auch Sclaven ohne einen Herrn geben, z. B. die von ihrem bisherigen Herrn verlaſſenen, und noch nicht wieder von einem Andern occupirten Sclaven. l. 36. D. de stipulat. serv. (XLV. 3.) l. 38. §. 1. D. de noxal. act. (IX. 4.) — Vgl. auch Ulp. I. §. 19.

f) §. 1. I. h. t. (I. 3.) — Auch in der Bedeutung von Kindern ſoll das Wort *liberi* nach Isid. Or. IX. 5. mit der freyen Geburt in Verbindung ſtehen. „*Liberi* dicti, quia ex *libero* sunt matrimonio orti.“

g) §. 1. I. cit. und l. 4. pr. D. h. t. (I. 5.) — Bey Cicero Paradox. V. c. 1. wird die *libertas* (jedoch als innere Freyheit des Weiſen genommen,) ſo definirt: „Potestas vivendi, ut velis;“ und eben ſo heißt es de offic. I. c. 20. in f. von der *libertas* überhaupt: „cujus proprium est sic vivere, ut velis.“

h) Das Weſen derſelben beſteht alſo in der rechtlichen (d. h. auf dem status beruhenden, nicht blos factiſchen) Unabhängigkeit von der Gewalt und dem Eigenthumsrechte eines Herrn, nicht aber, wie von Bangerow: Ueber die Latini Juniani, S. 67. u. ff. behauptet, darin, daß Jemand ſich ſelbſt im Eigenthume habe. — Uebrigens bezeichnet *libertas* bisweilen auch die politiſche Freyheit eines Röm. Bürgers, als einen Beſtandtheil oder eine Folge des Bürgerrechts, z. B. bey Liv. XLV. c. 15. Cic. pro lege Manil. c. 5., pro Balbo c. 13., pro Caecin. c. 33. — Daher wird auch in der l. 5. §. 2. u. 3. D. de extraord. cognit. (L. 13.) *libertas* eben ſo wohl für das Röm. Bürgerrecht, als die Freyheit gebraucht. Vgl. Heineccii Antiquit. Roman. Synt. p. 245. not. g. (ed. Haubold.) — Eben ſo kommt auch das Beywort *liber* bisweilen im Gegenſatz eines ſolchen vor, der das Röm. Bürgerrecht verloren hat, z. B. l. 17. §. 6. D. ad SC. Trebell. (XXXVI. 1.) Vgl. auch Schrader's Inſtitutionen-Ausgabe p. 109. v. *libertas*.

i) l. 4. §. 1. D. h. t. (I. 5.) und §. 1. I. h. t. (I. 3.) — Ueber dieſe Definition vgl. auch §. 9. Zuſatz 2.

k) Vgl. Heineccii Antiquit. Roman. Synt. I. 3. §. 8. und die daſelbſt angef. Schriftſteller.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MÜNCHEN

l) §. 4. I. h. t. (I. 3.) und l. 5. pr. D. h. t. (I. 5.) Nur bey den öffentlichen Sclaven des Röm. Volks (servi publici pop. Rom.) leidet dieß eine Modification. Ulp. XX. §. 16.

m) §. 4. I. de capit. minut. (I. 16.) „Servus autem manumissus capite non minuitur, *quia nullum caput habuit.*“ l. 3. §. 1. D. eod. (IV. 5.) „ . . . . . *servile caput nullum jus habet*, ideo nec minui potest.“ — Vgl. auch §. 24. Note g).

n) Ulp. XIX. §. 1. — l. 5. §. 3. D. usufruct. quemadm. cav. (VII. 9.) l. 2. §. 2. D. ad. leg. Aquil. (IX. 2.) l. 32. §. 2. D. de legat. II. (XXXI.) l. 5. in f. C. de verb. signif. (VI. 38.) — Ueberhaupt machten die Sclaven bey den Römern einen sehr wichtigen Bestandtheil des Vermögens aus, woraus es auch erklärbar ist, daß in unsern Quellen so oft der Sclaven Erwähnung geschieht.

o) l. 20. §. 7. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.) „Servus . . . . quum juris civilis communionem non habeat in totum, ne Praetoris quidem edicti.“ — l. 32. D. de regul. jur. (L. 17.) „Quod attinet ad jus civile, *servi pro nullis habentur*, non tamen et jure naturali, ... “ l. 209. D. eod. „Servitutem mortalitati fere comparamus.“ l. 146. D. eod. l. 7. D. de lege Cornel. de fals. (XLVIII. 18.) Daraus erklärt es sich auch, daß Sclaven keiner civilrechtlichen Obligationen, mit Ausnahme der aus Delicten entspringenden, fähig sind. l. 22. pr. u. l. 107. D. de regul. jur., l. 14. D. de obligat. et action. (XLIV. 7.) und l. 7. §. 1. u. 2. D. de cap. minut. (IV. 5.)

p) l. 14. D. cit. und l. 32. D. de regul. jur.

q) l. 4. D. de justit. et jur. (I. 1.) pr. I. h. t. (I. 5.)

r) Z. B. Gaj. I. §. 53. l. 1. §. 2. u. l. 2. D. de his, qui sui vel al. jur. s. (I. 6.) §. 2. I. eod. (I. 8.) — l. 15. §. 35. D. de injur. (XLVII. 10.) — l. 5. §. 4. D. de pecul. (XV. I.)

s) Ueber die verschiedenen Namen der Sclaven im Röm. Rechte s. Brissonius de V. S. v. *servus* No. 4. Der gewöhnlichste ist Stichus.

t) Gaj. I. §. 10. — §. 4. I. h. t. (I. 3.) l. 5. pr. D. h. t. (I. 5.) und Fragm. Dosith. §. 4. (od. 5.)

u) Zwischen diesen beyden Ausdrücken ist eigentlich der Unterschied, daß der Erstere sich auf den bürgerlichen Zustand der Freygelassenen (libertinitas), der Letztere aber auf ihr Verhältniß zum Freylasser (manumissor oder patronus) bezieht. l. 8. §. 7. D. de transact. (II 15.) l. ult. D. h. t. (XL. 14.) Doch kommt der letztere Ausdruck auch in der erstern Beziehung vor, z. B. bey Ulp. I. §. 5. u. 6. l. 4. D. de justit. et jur. (I. 1.) Isidor. Or. IX. c. 4. („*Libertus* autem vocatus quasi liberatus; erat enim prius jugo servitutis addictus;“) und überhaupt werden beyde Ausdrücke bisweilen untermengt gebraucht, z. B. l. 20. §. 4. u. 5. D. de bonis libert. (XXXVIII. 2.) §. 4. I. de success. libert. (III. 7. od. 8.) — Uebrigens wurden im ältern Sprachgebrauch nicht die Freygelassenen selbst, sondern ihre freygebornen Kinder *libertini* genannt, Sueton. in Claud. c. 24. und Isidor. l. c., und die Freygelassenen selbst sollen ehedem unter dem Wort *servi* mit begriffen gewesen seyn. Vatic. Fr. §. 307. u. 308.

v) l. 4. D. de justit. et jur. (I. 1.) und pr. I. h. t. (I. 5.) In dieſen Stellen iſt das Wort *liberi* im engern Sinne genommen für die vorzugsweiſe Freyen, d. h. die Freygebornen. Vgl. Schrader's Inſtitutionen-Ausgabe p. 43. v. *liberi*. — Eben ſo kommt auch libertas für ingenuitas vor in der l. 40. D. de liber. caus. (XL. 12.)

x) Gaj. I. §. 11. — Im pr. I. h. t. (I. 4.) heißt es: „*Ingenuus* est, qui statim, ut natus est, (al. *nascitur*,) liber est.“

y) l. 5. §. 2. D. h. t. (I. 5.) — Isidor. Or. IX. c. 4. „*Ingenui* dicti, qui *in genere* habent libertatem, non in facto, sicut liberti.“ — Nach Festus v. *patricios* ſollen die ingenui ehedem *patricii* genannt worden ſeyn. Vgl. auch Liv. X. 8. in f.

z) D. h. aus einer rechtmäßigen und vollkommenen (alſo den status beſtimmenden) Sclaverey. Theophil. I. 5. pr. — Doch wird die Redensart *justam servitutem servire* auch auf ſolche Fälle bezogen, wo man bona fide entweder einen fremden Sclaven als den Seinigen, oder auch einen freyen Menſchen als Sclaven beſitzt. l. 28. D. de noxal. action. (IX. 4.) l. 34. D. de stipulat. serv. (XLV. 3.)

aa) Gaj. I. §. 11. l. 6. D. h. t. (I. 5.) pr. I. h. t. (I. 5.) l. 8. C. h. t. „Ingenui nascuntur, libertini manumissione tantum constituuntur.“ — Indeſſen giebt es auch Fälle, wo ein Sclave ohne Freylaſſung zur Freyheit gelangt, (tit. D. qui sine manumiss. ad libertat. perven. XL. 8.) und dann doch auch *libertus* heißt, z. B. l. 5. D. eod. l. 3. §. 4. D. de suis et legit. hered. (XXXVIII. 16.) Auf ſolche Fälle paßt nun die angeführte Definition nicht, wohl aber die andere, in der l. 4. D. de justit. et jure (I. 1.) und pr. in f. I. h. t. (I. 5.) vorkommende: „qui desierant esse servi.“

bb) Gaj. I. §. 82. „. . . . . ex ancilla et libero *jure gentium* servus nascitur, *et ex libera et servo liber nascitur*.“ Cic. de natur. deor. III. 18. „. . . . . jure civili, qui est matre libera, liber est.“ — pr. I. h. t. (I. 4.) „. . . . . Sed et si quis ex matre libera nascatur, patre servo, ingenuus nihilominus nascitur; quemadmodum qui ex matre libera et incerto patre natus est, ...“ — l. 3. C. solut. matrim. (V. 18.) l. 11. pr. C. de operis libert. (VI. 3.)

cc) Paul. II. 24. §. 1 — 3. Doch war dieß unter den Röm. Juriſten nicht unbeſtritten. Gaj. I. §. 91. l. 5. §. 2. u. 3. D. h. t. (I. 5.) pr. I. h. t. (I. 4.)

dd) Gaj. I. §. 84.

ee) Derſelbe I. §. 85.

ff) Derſ. I. §. 86.

gg) Derſ. I. §. 84. u. 85.

hh) l. un. C. de SC. Claudiano tollendo. (VII. 24.) §. 1. I. de succession. sublat. (III. 12. od. 13.)

ii) Nov. Th. C. 97. §. 3.

kk) §. 1. I. h. t. (I. 4.) „Cum autem ingenuus aliquis natus sit, non officit illi in servitute fuisse, et postea manumissum esse. Saepissime enim constitutum est, natalibus non officere manumissionem.“ — Paul. V. 1. §. 2. l. 21. D. de captiv. (XLIX. 15.) l. 1 — 3. u. l. 9. C. h. t. — Wenn jedoch ein Freygeborner zur Strafe in wirkliche Sclaverey gerathen iſt, ſo wird er durch die darauf erfolgte Freylaſſung nur libertinus. l. 21. D. h. t. (I. 5.) l. 2. §. 2. D. ad SC. Tertull. (XXXVIII. 17.)

ll) Gaj. I. §. 12. Ulp. I. §. 5. — §. 3. I. h. t. (I. 5.)

mm) §. 3. I. cit. Vgl. auch den folgenden §. Nr. 3. und die dazu gehörige Note r).

nn) l. un. §. 11. C. de Latina libert. toll. (VII. 6.) und Nov. 78. c. 2. In andern Beziehungen aber ſtellte er durch die Nov. cit. c. 1. u. 5. die Freygelaſſenen den Freygebornen gleich.

oo) Quintil. Inst. orat. VII. c. 3. — Gellius XX. 1.

pp) Gaj. III. §. 189.

qq) Varro de ling. lat. VI. c. 5.

rr) Gaj. I. §. 138 — 141. u. II. §. 160.

ss) Gaj. I. §. 22. u. III. §. 56. — Fragm. Dosith. §. 5. u. 6. (od. 6 — 8.)

tt) l. 21. C. de agricol. (XI. 47.) l. un. C. de colon. Thracens. (XI. 51.)

uu) l. 20. §. 1. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.) l. 2. C. de postlimin. revers. (VIII. 51.)

Zuſatz 1. Für einen Freygebornen gilt auch der, welcher durch eine richterliche Sentenz dafür erklärt worden iſt, (nach dem Grundſatz: „res judicata pro veritate accipitur,“) l. 25. D. h. t. (I. 5.) vorausgeſetzt, daß die Sache mit dem rechtmäßigen Gegner (justus contradictor), d. h. dem, welcher ſich für den Herrn oder Patron deſſelben ausgab, verhandelt wurde; denn ſonſt iſt die richterliche Entſcheidung unwirkſam. l. 3. D. de collusione deteg. (XL. 16.) l. 1. D. h. t. (XL. 14.) und l. 1. C. h. t. Auch kann, zufolge eines durch Marc Aurel veranlaßten Senatsſchluſſes (oratio Divi Marci), eine Sentenz, wodurch Jemand für einen Freygebornen erklärt worden iſt (ingenuitatis sententia), nach deſſen Tode nicht weiter angefochten werden; wohl aber iſt dieß bey Lebzeiten deſſelben zuläſſig, jedoch aus dem Grunde oder Vorwande eines bey dem dießfallſigen Proceß Statt gefundenen geheimen Einverſtändniſſes (collusio), nur einmal, und zwar, nach einer Verordnung deſſelben Kaiſers, innerhalb 5. Jahren vom geſprochenen Urtheil an. l. 1. §. 3. D. ne de statu defunct. post quinquenn. quaerat. (XL. 15.) l. 2. pr. u. l. 5. pr. D. de collus. deteg. (XL. 16.) Iſt ein Herr mit ſeinem Sclaven bey einem Proceß, wodurch dieſer die Ingenuität erſtreiten wollte, im geheimen Einverſtändniß geweſen, ſo ſoll der Letztere,

nach der Verordnung eines unter Domitian errichteten Senatusconsults, (deſſen Name verſchieden angegeben wird, z. B. Iunianum, Numianum, u. d. gl.) Sclave deſſen werden, der die Colluſion entdeckt hat. l. 1. D. eod. und l. 1. u. 2. C. eod. (VII. 20.) Auch ein Freygelaſſener, der in Folge einer Colluſion für einen Freygebornen erklärt worden iſt, wird nach Entdeckung derſelben, wenigſtens in gewiſſen Beziehungen, wieder wie ein Freygelaſſener behandelt. l. 4. D. eod. — Uebrigens heißt ein Proceß über den Freyheitszuſtand eines Menſchen *liberalis causa* (ſ. a. u.) oder *liberale judicium* (ſ. a. u.) l. 7. §. 4. l. 8. pr. l. 10. pr. l. 24. §. 2. u. 3. l. 25. §. 2. D. de liber. caus. (XL. 12.)

Zuſatz 2. Im ältern Recht konnte ein Freygelaſſener nach 5. Jahren, vom Tage der Freylaſſung an, nicht mehr auf ſeine Ingenuität ſich berufen, und auf eine dießfallſige Unterſuchung bey der Obrigkeit antragen; vielmehr mußte er ſich unmittelbar an den Kaiſer wenden, wenn er nach 5. Jahren noch Urkunden über ſeine freye Geburt (instrumenta ingenuitatis) aufgefunden zu haben behauptete. l. 2. §. 1. u. 2. und l. 4. D. h. t. (XL. 14.) Juſtinian aber hob dieß auf durch die l. ult. C. ubi causa status agi deb. (III. 22.)

Zuſatz 3. Ueber den Freyheitszuſtand Verſtorbener dürfen nach 5. Jahren, vom Todestage an gerechnet, keine weitern Erörterungen, die auf Ausmittelung eines ſchlimmern Zuſtandes abzwecken, angeſtellt werden. Schon Titus hatte dergleichen Erörterungen nach dem Tode über gewiſſe Jahre hinaus (ultra certos annos) für unzuläſſig erklärt, Sueton. in Tit. c. 8. in f.; aber Nerva führte zuerſt durch ein Edict die fünfjährige Verjährung hierbey ein. l. 4. pr. D. ne de statu defunctor. post quinquenn. quaerat. (XL. 15.) Auch bezog ſich darauf ein in kaiſerlichen Conſtitutionen angeführtes, jedoch nicht näher bezeichnetes Senatusconſult. l. 4. 7. u. 8. C. eod. (VII. 21.) Aber auch über den status eines noch Lebenden oder doch noch nicht ſeit 5. Jahren Verſtorbenen iſt alsdann eine Erörterung unzuläſſig, wenn ſie zu nachtheiligen Aufſchlüſſen über den Zuſtand eines vor 5. Jahren Verſtorbenen führen könnte. l. 1. §. 1. u. 2. D. eod. und l. 1. u. 2. C. eod. Dagegen iſt es allerdings erlaubt, für einen Verſtorbenen auch nach 5. Jahren einen beſſern status, als zur Todeszeit deſſelben angenommen wurde, zu erſtreiten. l. 1. §. 4. und l. 3. D. eod.

§. 28.

2) Status civitatis*.

Auf den ſog. status civitatis bezieht ſich die Eintheilung der Menſchen in Röm. Bürger (cives Romani, n. a. u., bisweilen auch cives ſchlechthin [a]) und Nichtbürger oder Fremde (peregrini [b]), nach dem ältern Sprachgebrauch hos-

tes [c]). Nur die Erstern haben Theil an den Einrichtungen und Vortheilen der Röm. Staatsverfassung und des Röm. Privatrechts [d]), die Letztern aber sind von der Theilnahme daran ausgeschlossen [e]), sofern ihnen nicht die Befähigung zu gewissen dem Röm. Rechte eigenthümlichen Befugnissen ausdrücklich verliehen worden ist [f]); doch haben sie, als Freye, allerdings die Empfänglichkeit für das jus gentium und werden nach selbigem beurtheilt [g]), oder es wird, wenn sie als Bürger eines bestimmten Staates bekannt sind, das Recht ihres Vaterlandes auf sie angewendet [h]). — Einen Mittelstand zwischen Röm. Bürgern und Peregrinen bildeten im ältern Rechte die Latini, und zwar theils die Latinen im ursprünglichen Sinne, d. h. die Bewohner von Latium [i]), theils die Latini coloniarii (oder colonarii) [k]), theils die Latini Juniani [l]); (wovon das Nähere dem besondern Theile vorbehalten bleiben muß.) — Uebrigens wurde das ursprünglich nur auf die freyen Bewohner Roms und des dazu gehörigen Gebiets beschränkte Röm. Bürgerrecht [m]) im Fortgang der Zeit durch Verleihungen an Andere, und zwar nicht blos an Individuen, sondern auch an ganze Städte (municipia) und Völker, immer weiter verbreitet. Unter den hierauf bezüglichen Thatsachen sind folgende drey, als die wichtigsten und einflußreichsten, hervorzuheben: 1) Auf Veranlassung des Italischen oder Bundsgenossen-Krieges wurde durch die lex Julia (v. J. R. 664.) und mehrere darauf folgende Gesetze allen Italischen Völkern, und den in eine föderirte Stadt eingeschriebenen Bewohnern Italiens die Civität verliehen [n]); was zur Folge hatte, daß die Latinen im ursprünglichen Sinne nebst den latinischen Colonien in Italien aufhörten, einen besondern Stand zu bilden. 2) Durch eine Verordnung des Kaiser Antoninus Caracalla wurden alle damaligen freyen Einwohner des Röm. Reichs (sie mochten Freygeborne oder Freygelassene seyn,) zu Römischen Bürgern gemacht [o]). In Folge dieser Constitution gab es auch außerhalb Italien keine Latini coloniarii mehr [p]), während dagegen nicht nur Peregrinen auch nachher noch aus verschiedenen Gründen, sondern auch Latini Juniani durch Manumissionen nach denselben Grundsätzen, wie vorher, von Neuem entstehen konnten [q]). 3) Justinian endlich verlieh allen Freygelassenen ohne Unterschied das Röm. Bürger-

recht [r]); und davon war das gänzliche Verschwinden des latinischen Standes, wozu damals nur noch die erst nach jener Constitution Caracalla's neu entstandenen Latini Juniani nebst ihren Nachkommen gehörten, eine weit wichtigere Folge, als die etwanige Verminderung der Zahl der Peregrinen durch den Wegfall der nach Caracalla's Verordnung neu entstandenen, aber schon vor Justinian ziemlich abgekommenen dediticii [s]). — Sonach gab es zu Justinian's Zeit, abgesehen von den der Römischen Herrschaft nicht unterworfenen Ausländern (barbari oder gentiles [t])), unter den freyen Einwohnern des Röm. Reichs keine Peregrinen weiter, als theils solche, welche erst nach der erwähnten Constitution Caracalla's sich im Röm. Staate niedergelassen hatten, oder demselben unterworfen worden waren, ohne zur Civität gelangt zu seyn, theils solche, denen zur Strafe das Bürgerrecht entzogen worden war [u]); und aus dieser verhältnißmäßig geringen Zahl der Peregrinen ist es auch erklärbar, daß im Justinianischen Rechte des Unterschiedes zwischen Röm. Bürgern und Nichtbürgern so selten gedacht wird [v]), während doch bey den alten Juristen sehr häufig, und mitunter ziemlich umständlich [x]), davon die Rede ist, obgleich auch bey ihnen, was allerdings auffallend erscheint [y]), die Eintheilung der Menschen in cives und peregrini unter den dem Personenrechte zu Grunde liegenden Eintheilungen nicht vorkommt, und überhaupt nirgends der Lehre von der Civität eine selbstständige Darstellung gewidmet ist [z]), sondern einzelne darauf bezügliche Puncte immer nur bey Gelegenheit anderer Lehren erörtert werden [aa]).

a) Z. B. Cic. de orat. I. 38. — Doch bedeutet civis oft auch den Bürger eines Municipiums, z. B. l. 1. §. 1. u. l. 29. D. ad municipal. (L. 1.) und l. 7. C. de incol. (X. 39.), oder einer bestimmten Provinz. l. 1. Th. C. de assessor. (I. 21. od. 12.)

b) Z. B. Gaj. III. §. 93. u. 96. Ulp. X. §. 3. Sie heißen auch peregrinae conditionis homines, z. B. bey Gaj. I. §. 128. u. Suet. in Claud. c. 25. — Ueber andere Bedeutungen dieses Wortes s. Brissonius de V. S. v. *peregrinus* No. 2 — 4.

c) Cic. de offic. I. c. 12. „ . . . . . *Hostis* . . . apud majores nostros is dicebatur, quem nunc *peregrinum* dicimus. . . . . Quamquam id nomen durius effecit jam vetustas; a peregrino enim recessit et proprie in eo, qui arma contra ferret, remansit.“

Varro de ling. lat. IV. initt. „ . . . . . multa verba aliud nunc ostendunt, aliud ante significabant, ut *Hostis*. Nam tum eo verbo dicebant *peregrinum*, qui suis legibus uteretur; nunc dicunt eum, quem tum dicebant *perduellem*.“ — Festus v. *status dies*, und Paul. Diac. ex Fest. v. *hostis*. — l. 234. pr. D. de verb. signif. (L. 16.) „Quos nos *hostes* appellamus, eos veteres *perduelles* appellabant.“

d) Solche Röm. Bürger, welche im vollen Genuß der Civität waren, und namentlich auch an den ſtaatsrechtlichen Vortheilen derſelben Antheil hatten, pflegen von den Neuern optimo jure cives genannt zu werden, im Gegenſatz der ſog. cives non optimo jure, d. h. derer, welche zwar des Röm. Privatrechts theilhaftig waren, aber der politiſchen Berechtigungen eines Röm. Vollbürgers ermangelten. Beyſpiele eines ſolchen verringerten Bürgerrechts kommen vor bey Liv. VIII. c. 14. in f. u. c. 17. in f. und IX. c. 43. in f., desgl. bey Gellius XVI. c. 13.

e) Darauf bezieht Puchta in den Civil. Abhandl. S. 43 — 48. die bey Cic. de offic. I. 12. vorkommenden Worte der zwölf Tafeln: „Adversus hostem aeterna auctoritas,“ indem er, unter *auctoritas* die Rechtsgültigkeit eines Verhältniſſes verſtehend, dieſen Worten folgenden Sinn giebt: „Der Peregrinus iſt eines römiſchen Rechtsverhältniſſes unfähig, auf ihn kann daher kein ſolches übergehen. Derjenige, welcher Subject deſſelben iſt, bleibt es rechtlicher Weiſe immer, wenn gleich von ſeinem Rechte etwa die factiſche Ausübung auf einen Fremden gekommen iſt.“ — Abweichend davon ſind von Schröter in den Observat. jur. civ. p. 52 — 58., Unterholzner in der Entwickelung der geſammten Verjährungslehre, B. 1. §. 30., und die gewöhnliche Meinung, welche jene Worte nur auf die Uſucapion bezieht, und ſo erklärt, daß ein peregrinus nicht uſucapiren könne.

f) Ulp. V. §. 4. und XIX. §. 4.

g) Gaj. III. §. 93. „ . . . . . ceterae vero *juris gentium* sunt; *itaque inter omnes homines, sive cives Romanos, sive peregrinos, valent*.“ l. 17. §. 1. D. de poenis. (XLVIII. 19.) „Idem quidam ἀπόλιδες sunt, hoc est, *sine civitate*, ... *ut ea quidem, quae juris civilis sunt, non habeant, quae vero juris gentium sunt, habeant*.“ Vgl. auch die reſtituirte l. 15. pr. D. de interdict. et releg. (XLVIII. 22.) — Doch wurden bey manchen Klagen die Peregrinen, vermöge einer rechtlichen Fiction, wie Röm. Bürger behandelt, Gaj. IV. §. 37., aber auch ohnedieß wurden bisweilen Verordnungen Römiſcher Geſetze auf Peregrinen erſtreckt. Gaj. I. §. 47.

h) Cic. in Verr. II. c. 22. und ad Familiar. XIII. ep. 19. — Gaj. I. §. 92. und III. §. 96. u. 120. Ulp. XX. §. 14.

i) Zwar heißt es von ihnen bey Gaj. I. §. 79. „ . . . . . erant *peregrinorum numero*;“ doch kann dieß wohl nur ſo verſtanden werden, daß ſie nicht Röm. Bürger im eigentlichen Sinne waren, ohne daß ihnen dadurch die Theilnahme an gewiſſen, im Röm. Bürgerrecht enthaltenen Be-

fugniſſen abgeſprochen werden ſoll. Dieſe Annahme, die auch mit Hugo's Anſicht in der Rechtsgeſch. S. 128. zuſammentrifft, iſt ſchon der Analogie wegen nothwendig, nämlich aus Rückſicht auf den Rechtszuſtand der ihnen nachgebildeten **Latini coloniarii**, und der wiederum nach dem Vorbild der Letztern eingeführten **Latini Juniani**. (Vgl. Note k und l.) — Anderer Meinung, und zwar auf die einander gerade entgegengeſetzten Extreme übergehend ſind von Savigny über die Entſtehung und Fortbildung der Latinität ꝛc. in der Zeitſch. für geſchichtl. Rechtswiſſ. B. 5. S. 233. 237. u. 238., Haubold in der **Epicrisis Heineccii Antiquit.** p. 927. u. 928., Zimmern in der Geſchichte des Röm. Privatrechts, Erſt. B. §. 125., der Verfaſſer ſelbſt in den Bemerk. über Röm. Rechtsgeſch. S. 36. u. 37. und von Bangerow über die **Latini Juniani** §. 18. 20. u. 21. einerſeits, — und Niebuhr in der Röm. Geſchichte, Zweit. Th. S. 88 — 93. (d. 2ten Ausg.) und Walter in der Geſchichte des Röm. Rechts, Erſte Lief. S. 64. u. 65. und 194. andererſeits.

k) **Gaj. I. §. 29. und III. §. 56. — Ulp. XIX. §. 4. — Fragm. Dosith. §. 6. (od. 8.)**

l) **Gaj. I. §. 22. und III. §. 56. — Ulp. I. §. 5. u. 10. — Frag. Dosith. §. 6. 7. und 12. (od. §. 8. 9. u. 14.)**

m) Vgl. **Heineccii Antiq. Rom. Synt. Append. lib. I. §. 3. seq.**

n) **Appian. de bell. civ. I. c. 49. u. 53. Vellej. Patere. II. c. 16. u. 17. Gellius IV. 4. in f.** Die Aeußerung bey **Cic. pro Balbo c. 8. „ . . . . . ipsa denique Julia, qua lege civitas est sociis et Latinis data, qui fundi populi facti non essent, civitatem non haberent,“** bezieht ſich darauf, daß durch die lex **Julia** den Latinen und Bundesgenoſſen die Civität nur unter der Vorausſetzung verliehen wurde, wenn ſie dieſes Geſetz und die ihnen darin zugedachte Wohlthat annehmen würden, (fundi facti essent; vgl. **Paul. Diac. ex Fest. v. *fundus*. „ . . . . . *Fundus* quoque dicitur populus . . . . ., id est *auctor*,“ Heineccii Antiq. Rom. Append. lib. I. §. 88.** und **Ernesti Clav. Cic. Ind. leg v. *Julia* L. Iulii Caesaris, p. 27.**) wie denn überhaupt viele Röm. Geſetze bey den Latinen und Bundsgenoſſen in der Form einer freywilligen Reception eingeführt wurden. **Cic. pro Balbo c. 8. 21. u. 24. Gellius XVI. 13.** — Weiter noch, als die lex **Julia**, ging die lex **Silvani et Carbonis** (die man auch lex **Plautia** nennt,) v. J. R. 665. **Cic. pro Archia c. 4. „ . . . . . Data est civitas Silvani lege et Carbonis, si qui foederatis civitatibus adscripti fuissent, si tum, quum lex ferebatur, in Italia domicilium habuissent, et si sexaginta diebus apud Praetorem essent professi.“**

o) **l. 17. D. de statu hom. (I. 5.) [Ulpianus lib. XXII. ad Edictum.] „In orbe Romano qui sunt, ex constitutione Imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt.“** — Fälſchlich haben dieſe berühmte Conſtitution Manche auf Hadrian, Andere, und ſelbſt Juſtinian in der **Nov. 78. c. 5.**, auf Antoninus Pius, noch Andere nach **Aurel. Victor de Caesar. c. 16.**, auf Marc. Aurel Antonin bezogen.

Daß sie aber von Antoninus Caracalla herrühre, (wie auch schon längst nicht mehr bezweifelt wird,) ergiebt sich nicht nur daraus, daß Ulpian nur diesen Kaiser, unter welchem er schrieb, Imperator Antoninus schlechthin zu nennen pflegt, (der Beyname oder eigentlich Spottname Caracalla kommt bey den Röm. Juristen nirgends vor,) sondern insbesondere auch aus Dio Cassius LXXVII. 9., wo zugleich bemerkt wird, daß dieser Kaiser um der Bereicherung des Fiscus willen das Röm. Bürgerrecht so weit verbreitet habe, um nämlich gewisse Abgaben, denen nur Röm. Bürger unterworfen waren, von so Vielen, als möglich, zu erheben. Vgl. Heineccii Antiq. Rom. Synt. Append. lib. I. §. 15 — 20. und besonders Haubold's Programm: Ex Constitutione Imperatoris Antonini quomodo, qui in orbe Romano essent, cives Romani effecti sint, Lips. 1819. (in Dessen Opusc. noadem. Vol. II. p. 360 — 386.) nebst den zu Anfange desselben angeführten Schriftstellern. — Daß aber jene Constitution Caracalla's nur auf die damaligen Bewohner des Röm. Reichs ging, hat zuerst Haubold im eben angeführten Programm überzeugend dargethan, dagegen aber die in demselben vertheidigte gewöhnliche Meinung, daß jene Constitution auch nur auf Freygeborne sich bezogen habe, auf eine dießfallsige Gegenbemerkung von Savigny's, (vgl. die Praefatio zu Haubold Opusc. acad. Vol. II. p. 42 — 45.) späterhin widerrufen in der Epicrisis Heinecc. Antiq. Rom. p. 920.

p) Vgl. Schulting Iurispr. Ante-Just. p. 621. not. 19. u. Walter's Geschichte des Röm. Rechts. Erst. Lief. S. 331. — Daß in Ulpian's Fragmenten XIX. §. 4. Latini colonarii, wie ein noch vorkommender Stand, erwähnt werden, da doch dieses Werk, wie aus tit. XVII. §. 2. hervorgeht, erst nach jener Constitution Caracalla's geschrieben seyn kann, darf um so weniger befremden, je häufiger die Röm. Juristen, und namentlich Ulpian, von aufgehobenen Instituten oder Verhältnissen so sprechen, als ob sie noch bestünden. Vgl. des Verfassers Bemerk. über Röm. Rechtsgesch. Note 1058. u. 1069. — Indessen nimmt Haubold im angef. Programm (Opusc. acad. Vol. II. p. 385.) an, daß auch nach jener Constitution Caracalla's, da durch selbige an den öffentlichen Rechtsverhältnissen ganzer Ortschaften oder Gemeinden Nichts geändert worden sey, noch neue Latini colonarii durch Niederlassung in einer latinischen Colonie hätten entstehen können.

q) Daher wird auch nach Caracalla's Constitution noch oft der peregrini und Latini Juniani, und andererseits der cives Romani gedacht. Vgl. Haubold im angef. Progr. (Opusc. Vol. II. p. 370 — 375.)

r) l. un. C. de dediticia libert. toll. (VII. 5.) l. un. C. de latina libert. toll. (VII. 6.) §. 3. I. de libertin. (I. 5.) Nov. 78. pr.

s) l. un. C. de dedit. libert. toll. — §. 3. I. cit. und Theophilus I. 5. §. 3.

t) l. un. Th. C. de nuptiis gentilium. (III. 14.)

u) Darauf geht die Redensart: *in* oder *ad peregrinitatem redigere.* Sueton. in Claud. c. 16. und l. 10. §. 6. D. de in jus voc. (II.

4.) Auch wird vorzugsweise auf die, welche zur Strafe die Civität verloren haben, der Ausdruck ἀπόλιδες bezogen. l. 1. §. 2. D. de legat. III. (XXXII.) und l. 17. §. 1. D. de poenis. (XLVIII. 19.)

v) Hin und wieder geschieht dessen allerdings auch im Justinianischen Rechte, selbst in den Institutionen, Erwähnung, und zwar nicht blos bey Gelegenheit der ehemaligen Verschiedenheit der Freygelassenen, §. 3. I. de libertin. (I. 5.) und §. 4. I. de success. libert. (III. 7. od. 8.), sondern auch bey andern Lehren, namentlich §. 2. I. de patria potest. (I. 9.) und pr. I. de nupt. (I. 10.)

x) Insbesondere bey Gaj. I. §. 66 — 81.

y) Vgl. Hugo's Rechtsgeschichte, S. 128. u. 129.

z) Dieß ist vielleicht, wie auch von Löhr im Magazin für Rechtswiss. B. 4. S. 7. vermuthet, daraus zu erklären, daß man die Civität im Ganzen als Gegenstand des öffentlichen Rechts betrachtete. Diese Ansicht ergiebt sich aus der l. 5. §. 2. und l. 6. D. de cap. min. (IV. 5.)

aa) Z. B. bey der Verschiedenheit der Freygelassenen, Gaj. I. §. 12 — 17. u. §. 22 — 27. Ulp. I. §. 5. 6. 10 — 12., bey der Ehe und väterlichen Gewalt, Gaj. I. §. 55 — 57. 66 — 81. 90. 92 — 96. u. 128. Ulp. V. §. 4. 8. u. 9. VII. §. 4. und X. §. 3., beym Eigenthum, Gaj. II. §. 40. Ulp. XIX. §. 4., bey der testamentifactio, Gaj. II. §. 110. 218. u. 285. Ulp. XX. §. 14. XXII. §. 2. u. 3., u. s. w.

Zusatz 1. Gleichbedeutend mit *jus civitatis* oder *civitas Romana* (s. a. u.) oder *civitas* schlechthin, wird sehr oft auch der Ausdruck *jus Quiritium* (s. a. u.) gebraucht, z. B. bey Plinius Histor. natur. V. c. 5. und XXIX. c. 6. (1.) Gaj. I. §. 28. 31 — 35. III. §. 72. u. 73. Ulp. III. §. 1 — 6.; doch werden bisweilen beyde Ausdrücke von einander unterschieden, z. B. bey Plinius Epist. X. ep. 4. 6. u. 22. Dann besteht der Unterschied nicht sowohl darin, daß jus Quiritium speciell auf die Theilnahme am Röm. Privatrecht gehe, während dagegen civitas Romana auch die staatsrechtlichen Befugnisse eines Röm. Bürgers umfasse, wie man sonst gewöhnlich (vgl. Schulting Jurispr. Ante-Iust. p. 574. not. 8. und Heinecii Antiq. Rom. Synt. App. lib. I. §. 23.), obwohl nicht allgemein, (vgl. Zimmern Gesch. d. Röm. Privatr. Erst. B. S. 450. Note 14.) annahm, sondern vielmehr darin, daß civitas Romana überhaupt den Gegensatz von peregrinitas bildet, jus Quiritium aber vorzugsweise auf bisherige Latini, wenn sie zum vollen Bürgerrecht gelangen sollen, bezogen wird, und also das Mehrere bezeichnet, was die Civität vor der Latinität voraus hat. Vgl. Haubold's Epicrisis Heinecc. Antiquit. p. 925. §. 23. und die daselbst angeführten Schriftsteller. — Nicht ganz übereinstimmend ist Zimmern im angef. W. S. 450. u. 451.

Zusatz 2. Nach dem Röm. Staatsrecht konnte Niemand Röm. Bürger und zugleich Bürger eines andern Staates seyn. Cic. pro Balbo c. 11. „ . . . . . Duarum civitatum civis esse, nostro jure civili,

nemo potest; non esse hujus civitatis civis, qui se alli civitati dicarit, potest.“ Id. pro Caecin. c. 34. in f. Wohl aber konnte man im Röm. Staate ſelbſt Bürger zweyer Gemeinden ſeyn, z. B. durch Geburt und Adoption. l. 1. pr. l. 15. §. 3. und l. 17. §. 9. D. ad municipal. (L. 1.)

Zuſatz 3. Nach der von **Sigonius de jure Italiae l. I. c. 21.** aufgeſtellten, und bis auf unſere Zeiten herrſchend geweſenen Meinung ſollen eine Mittelſtufe zwiſchen Latinen und Peregrinen, und mithin einen vierten Stand, diejenigen gebildet haben, denen das *jus Italicum* (n. a. u.) zugeſtanden hätte; allein dieſe Meinung hat von Savigny Ueber das Jus Italicum (in der Zeitſch. für geſchichtl. Rechtswiſſ. B. 5. S. 242 — 267.) widerlegt, und gezeigt, daß dieſes Recht in unſern Quellen niemals bey Individuen, ſondern immer nur bey Städten, und zwar Provincialſtädten, jedoch nicht blos bey Colonien, ſondern auch bey Municipien, vorkomme, und die Gleichſtellung derſelben mit den Italiſchen Städten bewirkt, nicht aber auch den perſönlichen Zuſtand der Bürger betroffen habe. (In Anſehung dieſes letztern Punctes hat neuerlich Walter in der Geſchichte des röm. Rechts, Erſt. Lief. S. 327. u. 328. Note 76. wiederum das Gegentheil behauptet, hauptſächlich wegen des in manchen Inſchriften vorkommenden Ausdrucks: **cives Romani juris Italici**; allein dieſer kann ja auch Bürger ſolcher Municipien, welche das **jus Italicum** erlangt hätten, bezeichnen.) Die Rechte nun, welche eine Provincialſtadt durch das **jus Italicum** erhielt, beſtanden theils in der Steuerfreyheit, (obgleich dieſe nicht ein ausſchließliches Merkmal jenes Rechts war, da ſie auch manchen andern Städten ohne **jus Italicum** zuſtand,) theils in der Fähigkeit des Bodens, im ſtreng Römiſchen Eigenthum zu ſeyn. Ob außerdem das **jus Italicum** den damit beliehenen Provincialſtädten auch das Recht freyer Verfaſſung, oder eine größere Unabhängigkeit, im Vergleich mit andern Provincialſtädten, gegeben habe, wie von Savigny behauptet, iſt zweifelhaft. Vgl. Walter i. a. W. S. 328. Note 79. — Uebrigens iſt von den Beſtandtheilen des **jus Italicum** im Juſtinianiſchen Rechte nur noch die Steuerfreyheit geblieben, und in dieſer Beziehung wird jenes Recht ſehr häufig im Titel der Digeſten **de censibus (L. 15.)**, außerdem auch in der **l. un. C. de privileg. urb. Constantinop. (XI. 20.)** erwähnt.

§. 29.

3) Status familiae *.

Bey dem ſog. status familiae kommt das Familienverhältniß eines Menſchen mit den daran geknüpften Rechten (familiae jura) in Betracht. Es ſind nun aber die Familienrechte in Anſehung der berechtigten Perſonen und ihres In-

halts von verschiedener Art, nämlich: 1) solche, welche blos dem Familienhaupte (paterfamilias, materfamilias, [oder in beyden Worten statt der Endung *as* auch *ae*,] [a]) zukommen. Diese bestehen darin, daß das Familienhaupt in seinem eigenen Rechte steht (sui juris [b]), eine eigene Familie begründet, und fähig ist, Andere in seinem Rechte zu haben [c]; (welches Letztere jedoch bey Frauenspersonen beschränkt ist [d]).) 2) Solche, welche nur den unmittelbar im Rechte des Familienhauptes befindlichen freyen Personen (sui heredes) zustehen; wovon im Erbrechte gehandelt werden muß. 3) Solche, welche, wenn auch unter gewissen Modificationen, sich überhaupt auf die Familienglieder, d. h. die Agnaten [e]), beziehen. Zu diesen gemeinschaftlichen Familien- oder Agnations-Rechten (agnationis jura) gehörten im Vorjustinianischen Rechte hauptsächlich das Recht der Intestaterbfolge [f]) und das Recht der gesetzlichen Vormundschaft [g]). Nun sind zwar diese beyden Rechte (was in Ansehung der Intestaterbfolge schon lange vorher durch das prätorische Recht und einzelne Civilgesetze vorbereitet war [h]),) von Justinian in allgemeine Verwandtschaftsrechte umgewandelt worden [i]); indessen sind sie auch nach dieser Veränderung doch in so fern noch Familienrechte geblieben, als sie den bloßen Agnaten eben so gut, als andern Verwandten, zukommen. Außerdem giebt es aber auch im neuesten Röm. Rechte noch gewisse Rechte, welche die Agnaten vor andern Verwandten voraus haben, z. B. das Recht auf Familienbegräbnisse [k]).

a) Ulp. IV. §. 1. „ . . . . . familiarum suarum principes, id est, paterfamiliae, itemque materfamiliae.“ l. 4. D. de his, qui sui vel al. jur. s. (I. 6.) und Paul. Diac. ex Festo v. *familia*. — Ueber andere Bedeutungen des Worts *materfamilias* vgl. Brissonius de V. S. unter diesem Worte.

b) Vgl. §. 31. — Daß aber auch diese Rechte bey dem Familienstand in Betracht kommen, ergiebt sich daraus, daß, wer aufhört, sui juris zu seyn, eben dadurch eine minima capitis deminutio erleidet. Paulus III. 6. §. 29. und §. 3. I. de capit. minut. (I. 16.) Vgl. auch §. 32. — Zu eng faßt daher von Löhr im Magaz. für Rechtswiss. B. 4. S. 14. u. 15. den status familiae auf.

c) l. 195. §. 2. D. de verb. signif. (L. 16.) „ . . . . . Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet; recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat; non enim solam

personam ejus, sed et jus demonstramus. Denique et pupillum patremfamilias appellamus; et quum paterfamilias moritur, quotquot capita ei subjecta fuerint, singulas familias incipiunt habere; singuli enim patrumfamiliarum nomen subeunt. Idemque eveniet et in eo, qui emancipatus est; nam et hic sui juris effectus propriam familiam habet.“

d) l. 195. §. 5. D. eod. — „Mulier autem familiae suae et caput et finis est;“ und l. 196. §. 1. D. eod. „Feminarum liberos in familia earum non esse, palam est, quia qui nascuntur, patris, non matris familiam sequuntur.“ — Vgl. auch §. 31. Note k).

e) Vgl. Zuſatz 1.

f) Gaj. III. §. 9. Ulp. XXVI. §. 1. Collatio XVI. c. 2. §. 9. c. 3. §. 3. c. 4. §. 1. und c. 6. §. 1. — pr. I. de legit. agnat. success. (III. 2.) l. 1. §. 9. und l. 2. pr. D. de suis et legit. hered. (XXXVIII. 16.) l. 7. pr. D. de capit. minut. (IV. 5.)

g) Gaj. 1. §. 155. u. 157. Ulp. XI. §. 3. und XII. §. 2. (Cic. de invent. II. c. 50.) — pr. I. de legit. agnat. tutel. (I. 15.) und §. 3. I. de curator. (I. 23.) l. 1. pr. u. l. 6. D. de legit. tutor. (XXVI. 4.) und l. 7. pr. D. de cap. min. (IV. 5.)

h) Das Nähere davon gehört in' Erbrecht.

i) Nov. 118. pr. — c. 5.

k) l. 8. u. 13. C. de religios. (III. 44.) — Vgl. auch von Buchholtz Juriſt. Abhandl. Nr. III.

Zuſatz 1. Das Wort *familia* hat im Röm. Rechte verſchiedene Bedeutungen. Bald nämlich wird es auf Sachen bezogen, bald auf Perſonen. In der erſtern Beziehung bezeichnet es 1) die Geſammtheit des Vermögens eines Menſchen, und zwar entweder eines Verſtorbenen, alſo die Erbſchaft, z. B. in der Stelle der zwölf Tafeln: „agnatus proximus *familiam* habeto, l. 195. §. 1. D. de verb. signif. (L. 16.) desgl. in dem Namen der Erbtheilungsklage: *familiae* erciscundae actio, §. 20. I. de action. (IV. 6.) l. 1. pr. u. l. 2. pr. D. famil. ercisc. (X. 2.), oder auch eines noch lebenden Menſchen, z. B. Gaj. II. §. 102 — 105. Ulp. XX. §. 3. u. 9. und l. 5. in f. C. de verb. signif. (VI. 38.) — 2) Eine Mehrheit von Sclaven, und zwar entweder die Geſammtheit der Sclaven eines und deſſelben Herrn, l. 195. §. 3. D. de verb. signif., oder wenigſtens den Inbegriff derer, die zu dem nämlichen Zweck beſtimmt ſind, l. cit. und l. 1. pr. u. §. 5. in f. D. de publican. (XXXIX. 4.) Auf einen oder zwey Sclaven paßt der Begriff *familia* eigentlich nicht, l. 40. §. 3. D. de verb. sign., doch kann eine Rechtsbeſtimmung über die *familia* überhaupt nach der Abſicht ihres Urhebers und dem Geiſt derſelben, allerdings auch auf einzelne Sclaven anwendbar ſeyn. Cic. pro Caecin. c. 19. u. 20. Paul. V. 6. §. 3. l. 1. pr. §. 16. u. 17. D. de vi. (XLIII. 16.) — In Bezug auf (freye) Perſonen bezeichnet *familia* zwar bisweilen nur einzelne Perſonen, z. B. den Patron und den Frey-

gelaſſenen in der Stelle der zwölf Tafeln: „ex ea familia in eam familiam,“ l. 195. §. 1. D. de verb. signif., gewöhnlich aber eine Mehrheit von Perſonen, die zuſammen Ein Ganzes bilden, und zwar 1) eine häusliche Geſellſchaft, d. h. den Inbegriff derer, welche unter einem und demſelben Familienhaupte ſtehen, mit Einſchluß des Familienhauptes ſelbſt. l. 195. §. 2. l. 196. pr. und l. 40. §. 2. D. eod. Auf dieſe Bedeutung beziehen ſich die Ausdrücke: paterfamilias, materfamilias, filiusfamilias, filiafamilias. 2) Den Inbegriff aller Agnaten. Dieſe werden nämlich zu Einer Familie gerechnet, weil ſie, wenn ſie auch nach dem Tode ihres ehemaligen Familienhauptes ihre beſondern Familien oder häuslichen Geſellſchaften begründet haben, doch ehemals zuſammen unter demſelben Familienhaupte ſtanden, oder doch geſtanden haben würden, wenn es länger gelebt hätte. l. 195. §. 2. D. cit. 3) Alle diejenigen, welche von einem und demſelben Urſtammvater ihre gemeinſchaftliche Herkunft ableiten, z. B. *familia* Iulia, (nach Ulpian's Ableitung: quasi a fonte quodam memoriae.“) l. 195. §. 4. D. eod. — Bisweilen geht *familia* auf Sclaven und Freye zugleich, die unter demſelben Familienhaupte ſtehen, l. 195. §. 3. in f. D. eod. l. 1. §. 1. u. l. 25. §. 2. D. de aedil. edict. (XXI. 1.) l. 1. pr. u. §. 5. und l. 12. §. 1. u. 2. D. de publican. (XXXIX. 4.), und in der weiteſten Bedeutung, wie ſie Juſtinian in der l. 5. C. de verb. signif. (VI. 38.) beſtimmt, umfaßt dieſes Wort Eltern und Kinder und alle Verwandte, auch Freygelaſſene und Patrone, ingleichen Sclaven und das geſammte Vermögen. — Außerdem kommen noch beſondere Beſtimmungen dieſes Begriffs vor in Bezug auf Familienfideicommiſſe. l. 5. C. cit. l. 32. §. 6. u. l. 69. §. 4. D. de legat. II. (XXXI.) — Vgl. übrigens Huſchke's Studien des Röm. Rechts, S. 101 — 103. und über den Ausdruck *familia militum* Brissonius de V. S. v. *familia* No. 7.

Zuſatz 2. Von weiterm Umfange, als die familia, iſt der Begriff der *gens*, (wofür bisweilen auch *genus* gebraucht wird, z. B. bey Livius II. 46. VI. 37. und X. 3. u. 5. Cic. pro domo c. 14. Plinius Panegyr. c. 69. Gellius XV. 27. — l. 1. D. de probation. [XXII. 3.], über deren verſchiedene Erklärungen ſ. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 21. S. 232 — 242.); denn eine gens beſtand aus mehrern Familien. Paul. Diac. ex Feſto v. *gens Aelia*, Sueton. in Iul. c. 5. und in Neron. c. 1. Die Mitglieder einer gens heißen *gentiles*, (nicht auch *gentilicii*, wie man nach der corrupten Lesart in der Collatio XVI. 4. §. 1. angenommen hat. Vgl. des Verfaſſers Dissert. crit. de Ulpiani Fragm. p. 51 — 55.) Im weitern Sinne waren nun gentiles im Verhältniß zu einander alle die, welche daſſelbe nomen (Geſchlechtsnamen) führten, Paul. Diac. ex Feſto v. *gentilis*: „ . . . . . ut ait Cincius: *Gentiles mihi sunt, qui meo nomine appellantur*;“ und in dieſem weitern Sinne gehörten auch die Freygelaſſenen nebſt ihren Nachkommen zur gens ihres Patrons, da ſie deſſen nomen führten. Cic. de orat. I. 39. und Liv. XXXIX. 19. (*gentis enuptio* von einer Freygelaſſenen.)

Im engern oder vorzüglichern Sinne aber, welcher in Bezug auf die Gentilitätsrechte (gentilicia jura, oder gentilitatis jus, wozu in privatrechtlicher Hinsicht das Recht der Intestaterbfolge und das der gesetzlichen Vormundschaft gegen die Mitglieder der gens gehörten,) der vorherrschende ist, galten für Gentilen nur solche Namensgenossen, welche von Freygebornen abstammten, unter deren Vorfahren Keiner jemals in einer Sclaverey gewesen war, und die auch selbst noch niemals eine Verminderung des bürgerlichen und Familienrechts erlitten hatten. Cic. Top. c. 6. „*Gentiles sunt, qui inter se eodem nomine sunt.* Non est satis. *Qui ab ingenuis oriundi sunt.* Ne id quidem satis est. *Quorum majorum nemo servitutem servivit.* Abest etiam nunc. *Qui capite non sunt deminuti.* Hoc fortasse satis est.“ — Ehedem hielt man allgemein die gentes für Genossenschaften von lauter Verwandten (Agnaten), deren Verwandtschaftsgrad sich nur nicht mehr nachweisen ließe. Vgl. Chladenius de gentilitate sive juribus gentilitiis veterum Romanorum. Viteb. 1738. und vermehrt unter dem Titel: Lib. singular. de gentilitate vet. Roman. Lips. 1742. Allein wenn auch gemeinschaftliche Abstammung der in einer gens begriffenen Familien gewöhnlich Statt gefunden haben mag, (wie sich dieß allerdings theils aus Varro de ling. lat. VII. 2. „. . . . Ut enim ab Aemilio homines orti Aemilii ac *gentiles*, sic . . . .“, und aus Paulus Diac. ex Festo v. *gentilis*: „*Gentilis* dicitur et *ex eodem genere ortus*, et is, qui simili nomine appellatur,“ theils aus dem Umstande abnehmen läßt, daß *familia* bisweilen für *gens* gebraucht wird, z. B. Servilia familia bey Plin. Hist. natur. XXXIV. 38., familia Claudia, Aemilia, Iulia, Cornelia bey Macrob. Saturn. I. 16. desgl. familia Iulia in der l. 195. §. 4. D. de verb. signif. und §. 2. in f. ejusd. leg. „. . . . . recte ejusdem *familiae* appellabuntur, qui ex *eadem* domo et *gente* proditi sunt,“) so kann sie doch, wie Niebuhr in der Röm. Geschichte Th. 1. S. 339 — 358. (3te Ausg.), auch unter Hinweisung auf die Analogie der attischen Gentilität, gezeigt hat, nicht als ein wesentliches Merkmal des Röm. Gentilitätsverbandes angesehen werden, da dieses Merkmals von Cicero in der oben angeführten, sichtbar nach Vollständigkeit strebenden Definition der Gentilen nicht gedacht wird; vielmehr konnten Familien von verschiedener Abstammung, (deren Jede ihr besonderes cognomen führte,) in einer und derselben gens begriffen seyn, z. B. in der gens Cornelia die Familie der Scipionen und der Sulla. — Nach Niebuhr's Ansicht hängt der Ursprung und die Einrichtung der Röm. gentes mit der ältesten Volkseintheilung in Curien zusammen. Jede Curie enthielt nämlich zehn gentes (Dekaden), und wie die Curien überhaupt, so waren auch die gentes insbesondere durch gemeinschaftliche Heiligthümer und Opfer (gentilicia sacra, oder sacrificia gentilicia), die an bestimmten Tagen und Orten dargebracht werden mußten, verbunden. Sonach waren die gentes religiös-politische Genossenschaften, deren Mitglieder an dem gemeinschaftlichen nomen kenntlich wa-

ren. (Daß Cicero in der obigen Definition die Gemeinschaft der sacra (sacrorum societas), die doch noch Plin. in Panegyr. c. 37. in unmittelbarer Verbindung mit der gentilitas erwähnt, mit Stillschweigen übergeht, hat wohl darin seinen Grund, weil er bey jener Definition nur beabsichtigte, die auf den persönlichen Verhältnissen beruhenden Merkmale der Gentilen, als die nothwendigen Bedingungen für die Gentilitätsrechte, zu bestimmen.) — Nur aus der Niebuhrschen Ansicht der gentes werden folgende zwey Thatsachen, die sonst unbegreiflich seyn würden, erklärbar: 1) Daß nur die Patricier gentes hatten, Liv. X. 8. („. . . . . vos solos gentem habere,") insofern nämlich nur sie das Wesen der Curien, worin die gentes enthalten waren, ausmachten. Vgl. Niebuhr a. a. O. S. 371. ff. Daher dient auch der Ausdruck patriciae gentes (a. u.) zur Umschreibung des patricischen Standes. Gellius X. 20. u. XVII. 21. Liv. III. 33. u. VI. 11. Doch kamen allerdings auch plebejische Familien in patricischen Geschlechtern vor, z. B. die Marceller in der Claudischen gens, Cic. de orat. I. 39.; was sich theils aus dem oberwähnten Umstande, daß die Freygelassenen und ihre Nachkommen mit zur gens des Patrons gehörten, theils aus Mißheyrathen zwischen Patriciern und Plebejern zu einer Zeit, wo noch kein connubium zwischen Beyden galt, (vor der lex Canuleja v. J. Roms 309. Liv. IV. 1. u. 6.) erklären läßt, indem Kinder aus einer ohne connubium eingegangenen Ehe dem Stande der Mutter folgten. Gaj. I. §. 80. Ulp. V. §. 8. — 2) Daß die Gentilitätsrechte nach und nach außer Gebrauch kamen, so daß sie von den classischen Juristen als völlig veraltet erwähnt werden, Gaj. III. §. 17. u. Collatio XVI. 4. §. 2. in f., was eine unausbleibliche Folge von den in der Staatsverfassung eingetretenen Veränderungen und dem allmähligen Erlöschen der patricischen gentes war.

§. 30.

Gegenseitiges Verhältniß der drey status.

Das Verhältniß der im §. 26 — 29. entwickelten drey bürgerlichen Zustände zu einander, besteht in Folgendem: Die libertas enthält nur den allgemeinen Grund der Rechtsfähigkeit überhaupt, und giebt die Empfänglichkeit für das jus gentium. Um nun aber auch des Römischen Rechts und der darauf beruhenden Befugnisse theilhaftig zu seyn, muß man die *civitas* haben, und von dem bestimmten Familienverhältnisse (*familia*) eines Röm. Bürgers hängen wiederum die ihm zuständigen Familienrechte ab. Von diesen drey Zuständen kann die libertas allein und für sich bestehen; die civitas hingegen ist, da kein Sclave Röm. Bürger seyn kann, durch die liber-

tas bedingt, und die familia im Röm. Sinne ſetzt wiederum das Vorhandenſeyn der civitas voraus. Wenn alſo derjenige status verloren geht, durch welchen ein anderer bedingt iſt, ſo muß auch dieſer zugleich mit aufhören; während dagegen umgekehrt durch die Veränderung eines untergeordneten status dem höhern kein Eintrag geſchieht [a]).

a) l. 11. D. de capit. minut. (IV. 5.) „ . . . . . tria enim sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam. Igitur quum omnia haec amittimus, hoc est, libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem; quum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem; quum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat.“ — Vgl. auch §. 32. und Feuerbach in den Civil. Verſuchen S. 182 — 186.

Zuſatz. Zuſtandsrechte können durch Privatverträge weder erworben, noch veräußert oder abgeändert werden. l. 37. D. de liber. caus. (XL. 12.) l. 6. u. 10. C. eod. (VII. 16.) l. 8. C. de ingen. manumiss. (VII. 14.) l. 1. in f. u. l. 2. C. de collus. deteg. (VII. 20.) — l. 34. *D.* de pact. (II. 14.)

§. 31.

Unterſchied zwiſchen denen, welche sui juris, und denen, welche alieni juris ſind.

Ulp. IV. de his, qui sui juris sunt.
Tit. I. de his, qui sui vel alieni juris sunt. (I. 8.)
Der gleichlautende Titel der Digeſten. (I. 6.)

Mit dem ſog. status familiae in Verbindung ſtehend, jedoch demſelben nicht ausſchließend angehörig [a]), iſt die im Inſtitutionen-Syſteme (vgl. §. 2.) als die zweite Hauptverſchiedenheit der Menſchen vorgetragene Eintheilung in ſolche, welche *sui juris* (n. a. u.), und ſolche, welche *alieni juris* (ſ. a. u.) ſind [b]). — *Sui juris* (bisweilen auch suae potestatis [c]), propriae potestatis [d]), proprii juris [e]), sui arbitrii [f]), auch vorzugsweiſe caput liberum [g]), ingleichen paterfamilias oder materfamilias auch ohne Rückſicht auf das Daſeyn von Kindern [h]),) heißt derjenige, welcher in ſeinem eigenen Rechte ſteht, mithin unabhängig vom Rechte eines Andern iſt [i]). Ein ſolcher iſt nicht allein befähigt, Alles, was er erwirbt, für ſich

ſelbſt zu erwerben, ſondern auch, (abgeſehen von den bey Frauensperſonen hierin eintretenden Modificationen [k],) Andere in ſeinem Rechte zu haben, und durch dieſe ebenfalls zu erwerben [l]). — *Alieni juris* aber (häufiger alieno juri subjecti, oder personae alieno juri subjectae [m]), auch in jure alieno personae positae [n]) oder subjectae personae ſchlechthin [o]),) heißen diejenigen, welche der Gewalt oder dem Rechte eines Andern unterworfen ſind. Das dießfallſige Recht nun konnte ehedem von dreyfacher Art ſeyn: entweder *poteſtas*, oder *manus*, oder *mancipium* [p]). ***Poteſtas*** heißt die Gewalt ſowohl des Herrn über ſeine Sclaven, als des Vaters über ſeine Kinder [q]), (liberi, auch filiifamilias, filiaefamilias [oder familiarum] [r]), Hauskinder.) ***Manus*** bezeichnet theils das bey der ſtrengen Ehe dem Ehemanne über ſeine Frau zuſtändige Recht [s]), theils das Recht deſſen, an den ſich eine Frau um eines andern Zweckes, als um der Ehe willen, zum Schein verkauft hat (coëmtionator) [t]). Dieſem Rechte konnten alſo immer nur Frauensperſonen unterworfen ſeyn [u]). ***Mancipium*** endlich, (deſſen Natur erſt aus Gajus bekannt geworden iſt,) heißt das Recht deſſen, der einen freyen Menſchen durch einen feyerlichen Kauf (mancipatio) von dem, in deſſen Rechte er vorher ſtand, an ſich gebracht hat [v]). Von dieſen drey Arten des Rechts über Menſchen gehört nur die potestas domini dem jus gentium an [x]), während dagegen die übrigen Arten dem Röm. Rechte eigenthümlich ſind [y]). Wegen der Verſchiedenartigkeit dieſer Rechte kann Niemand Mehrern derſelben zugleich unterworfen ſeyn [z]), obwohl umgekehrt Eine Perſon mehrere dieſer Rechte in ſich vereinigt haben kann [aa]). Allmählig aber kam bey den Römern ſowohl die manus, als das mancipium (Einen Fall des Letztern abgerechnet [bb]),) außer Gebrauch, ſo daß im Juſtinianiſchen Rechte nur noch von der potestas in der angegebenen doppelten Beziehung die Rede iſt [cc]). — Alle alieno juri subjecti konnten nun auch nach der Strenge des ältern Rechts kein eigenes Vermögen haben [dd]), mithin auch Nichts für ſich, ſondern Alles nur für den, in deſſen Rechte ſie ſtanden, erwerben [ee]); womit auch ihre Unfähigkeit, Andere in ihrem Rechte zu haben [ff]), in Verbindung ſteht. Indeſſen milderte ſich dieſes Princip, das auch ſchon im ältern Rechte nicht ganz ohne Ausnahme war [gg]), im Fortgang der Zeit im-

mer mehr, und namentlich können Hauskinder nach dem neuern Rechte allerdings eigenes Vermögen haben, obschon ihrem Vater regelmäßig gewisse Rechte daran zukommen[hh]); dagegen sind sie auch im neuesten Rechte noch unfähig zur väterlichen Gewalt [ii]), aber nicht mehr zur herrschaftlichen Gewalt, insofern diese als ein Eigenthumsrecht zu betrachten ist[kk]).

a) Vgl. von Löhr im Magazin für Rechtswiss. B. 4. S. 8 — 13., der jedoch darin zu weit geht, daß er die hier in Frage stehende Eintheilung der Menschen gar nicht auf den status familiae bezogen wissen will, obwohl ihr Zusammenhang mit selbigem nicht nur aus vielen einzelnen Stellen, z. B. Ulp. IV. §. 1. l. 4. D. h. t. l. 1. §. 1. D. ad SC. Tertull. (XXXVIII. 17.) l. 24. §. 2. D. ad leg. Jul. de adult. (XLVIII. 5.) l. 195. §. 2. D. de verb. signif. (L. 16.), sondern insbesondere auch aus dem Wesen der minima capitis deminutio (vgl. §. 32.) hervorgeht.

b) Gaj. I. §. 48. pr. I. h. t. l. 1. pr. D. h. t.

c) Gaj. II. §. 147. — §. 6. I. quib. mod. testam. infirm. (II. 17) §. 7. I. quod cum eo, qui in alien. potest. est, etc. (IV. 7.) l. 4. D. h. t. — Ueber andere, hierher gehörige Stellen s. Brissonius de V. S. v. *suus* No. 3.

d) l. 15. C. de jure deliber. (VI. 30.)

e) l. 15. C. de donation. ante nupt. (V. 3.)

f) l. 22. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.)

g) Gellius V. c. 19. — §. 1. I. de tutelis. (I. 13.) l. 1. pr. D. eod. (XXVI. 1.)

h) l. 4. D. h. t. l. 195. §. 2. D. de verb. signif. (L. 16.) — Vgl §. 29. Note c).

i) Ulp. IV. §. 1. „*Sui juris* sunt familiarum suarum principes, id est, paterfamiliae, itemque materfamiliae.“ l. 4. D. h. t. „ . . . . . *Patresfamiliarum* sunt, qui sunt suae potestatis, sive puberes, sive impuberes; simili modo *matresfamiliarum*.“ — Im uneigentlichen Sinne wird der Ausdruck „*sui juris factus*“ auch auf einen solchen bezogen, der mündig oder majorenn, und dadurch auch in Ansehung der Dispositionsfähigkeit unabhängig vom Einfluß des tutor oder curator geworden ist. l. 50. §. 4. D. de legat. III. (XXXII.)

k) Vgl. §. 29. Note d). — Nämlich der väterlichen Gewalt und der manus sind Frauenspersonen nicht fähig, Gaj. I. §. 104. Ulp. VIII. §. 8a. u. §. 10. I. de adopt. (I. 11.) — Gaj. I. §. 109 — 115., wohl aber der Gewalt über Sclaven, und des ihr analogen mancipium.

l) Gaj. II. §. 86. „Acquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate, manu, mancipiove ha-

bemus;“ etc. §. 87 — 94. und III. §. 163 — 167. Ulp. XIX. §. 18 — 21. pr. u. §. 3. u. 4. I. per quas personas nobis acquir. (II. 9.) tit. I. per quas pers. nobis obligatio acquir. (III. 28. od. 29.)

m) Gaj. I. §. 48 — 50. u. §. 124. — pr. I. h. t. §. 3. I. de capit. minut. (I. 16.) pr. I. quib. mod. jus potest. solv. (I. 12.) pr. I. quibus non permitt. fac. testam. (II. 12.) l. 1. pr. D. h. t. l. 1. §. 4. D. de tribut. act. (XIV. 4.)

n) l. 7. pr. D. de capit. minut. (IV. 5.)

o) l. 18. §. 9. D. de jure fisci. (XLIX. 14.)

p) Gaj. I. §. 49. „ . . . . earum personarum, quae alieno juri subjectae sunt, aliae in *potestate*, aliae in *manu*, aliae in *mancipio* sunt.“ Daher finden ſich dieſe drey Hauptwörter oft, und zwar immer in derſelben Ordnung, neben einander geſtellt. Gaj. I. §. 142. II. §. 86. u. 96. III. §. 163. Ulp. XIX. §. 18. u. XXIV. §. 23. u. 24. Vatic. Fragm. §. 51. u. 300.

q) Gaj. I. §. 51. 52. 54. u. 55. — pr. u. §. 1. I. h. t. u. pr. I. de patria potest. (I. 9.) l. 1. pr. u. §. 1. l. 3 — 5. u. l. 8. D. h. t. l. 1. §. 21. D. de exercit. act. (XIV. 1.) l. 1. §. 5. D. de pecul. (XV. 1.) l. 3. §. 3. D. de donation. int. vir. et uxor. (XXIV. 1.) l. 215. D. de verb. signif. (L. 16.)

r) l. 195. §. 2. D. eod. u. l. 4. D. h. t.

s) Cic. Top. c. 3. u. 4. Gaj. I. §. 111. 114. 115 b. 136. u. 148. II. §. 98. 139. u. 159. III. §. 14. in f.

t) Gaj. I. §. 113. 114. u. 136. II. §. 139. — Uebrigens kommt das Wort coëmtionator nicht blos für den fremden Käufer einer Frau vor, Gaj. I. §. 115. u. 118., ſondern auch für den Ehemann, in deſſen manus die Frau durch coëmtio gekommen war. Gaj. I. §. 118 u. III. §. 82 — 84. Daß es aber auch denjenigen bezeichne, welcher das mancipium erwirbt, wie Hugo im Lehrb. d. Geſch. d. Röm. Rechts S. 159. (11te Aufl.) meint, läßt ſich nicht erweiſen.

u) Gaj. I. §. 109.

v) Gaj. I. §. 116 — 118. 123. u. 138.

x) Vgl. §. 27. Note e).

y) Ausdrücklich wird dieß geſagt nicht blos von der patria potestas, bey Gaj. I. §. 55., im §. 2. I. de patria potest. (I. 9.) u. l. 3. D. h. t., ſondern auch von der manus bey Gaj. I. §. 108., und bey dem mancipium folgt es daraus, daß dieſes Recht durch die patria potestas oder manus bedingt war. Gaj. I. §. 116 — 118.

z) Vgl. Zimmern's Geſch. d. Röm. Privatr. B. 1. §. 122. Anderer Meinung iſt Gans in den Scholien zum Gajus S. 163. u. folg. — Uebrigens kann es allerdings kommen, daß die väterliche Gewalt durch das Vorhandenſeyn eines andern von jenen Rechten einſtweilen nur ſuspendirt iſt. Gaj. I. §. 129. 132. u. 135., und II. §. 141. — §. 5. I. quib. mod. jus potest. solv. (I. 12.)

aa) Das Gegentheil behauptet unbegreiflicher Weiſe Zimmern in der

Gesch. d. Röm. Privatr. B. 1. §. 122. S. 439., gleich als ob nicht Jemand z. B. Herr von Sclaven und zu gleicher Zeit Vater von Kindern seyn könnte, oder nach dem ältern Recht sowohl die Frau in der manus, als auch zugleich Kinder in der potestas hätte haben können!

bb) l. 2. C. de patribus, qui filios suos distraxerunt. (IV. 43.)

cc) Vgl. die in der Note q) angeführten Stellen aus dem Justinianischen Rechte. Sonach ist der Satz in der l. 1. §. 4. D. de tributor. act. (XIV. 4.): „*Potestatis* verbum . . . . . ad *omnes, qui sunt alieno juri subjecti*, porrigendum erit," ingleichen die Aeußerung von Theophilus I. 8. pr. „. . . . . ἡ δὲ ὑπεξουσιότης λέγεται potestas," (jus vero alienum [nämlich: cui quis subjectus est,] dicitur potestas,) zwar dem Geiste des neuern Röm. Rechts angemessen, für das ältere aber unpassend. — Uebrigens wird in der l. 20. §. 1. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.) in Ansehung der Unfähigkeit zum Testamentszeugniß das Wort *potestas* auch auf einen solchen bezogen, den der Testator von den Feinden losgekauft hat, obgleich er nicht wirklicher Sclave ist.

dd) Gaj. II. §. 87. u. 96. Ulp. XX. §. 10. — §. 3. I. qer quas pers. nob. acquir. (II. 9.) l. 10. §. 1. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) — Bey den Sclaven war aber die Unfähigkeit, eigenes Vermögen zu haben, wohl nicht, wie die Sclaverey selbst, schon im jus gentium begründet, (da z. B. bey den alten Deutschen die Sclaven allerdings eigenes Vermögen hatten, Tacit. de morib. German. c. 25.) sondern erst im jus civile angenommen. Vgl. von Savigny's Recht des Besitzes, §. 7. S. 61. (d. 5ten Aufl.)

ee) Vgl. die in der Note l) angeführten Stellen.

ff) l. 21. D. ad leg. Iul. de adulter. (XLVIII. 5.) „. . . . . in sua enim potestate non videtur habere, qui non est suae potestatis." — Ob indessen das, was in dieser Stelle blos von der potestas gesagt ist, auch beym mancipium gegolten habe, steht dahin; gewiß aber war es auf die manus nicht anwendbar, vielmehr konnte auch ein filiusfamilias eine Frau in der manus haben. Gaj. I. §. 148. II. §. 159. und III. §. 3. oder vielmehr Collatio XVI. c. 2. §. 3. (woraus jene Stelle im Gajus restituirt ist,) desgl. Gaj. III. §. 41. u. Ulp. XXII. §. 14. Doch kam alsdann, wie sich aus den angef. Stellen, und besonders aus Gaj. I. §. 148. abnehmen läßt, die Ausübung dieses Rechts und der Genuß der damit verbundenen pecuniären Vortheile ohne Zweifel dem Vater zu, in dessen Gewalt der verheyrathete Sohn stand. Vgl. Hugo's Lehrb. d. Gesch. d. Röm. Rechts, S. 135. Note 6) und Zimmern's Gesch. d. Röm. Privatr. B. 1. §. 122. Note 16).

gg) Z. B. in Ansehung der recepticia einer Ehefrau in der manus. Gellius XVII. 6. Vgl. des Verfassers Bemerk. über Röm. Rechtsgesch. S. 172 — 174.

hh) §. 1. I. per quas pers. nob. acquir. (II. 9.) pr. I. per quas pers. nob. oblig. acquir. (III. 28. od. 29.)

ii) l. 4. D. h. t. §. 3. I. de patria potest. (I. 9.) l. 7. C. eod. (VIII. 47.)

kk) §. 1. I. de jure person. (I. 3.) l. 4. §. 1. D. de statu hom. (I. 5.) l. 1. §. 6. D. de pecul. (XV. 1.) l. 215. D. de verb. signif. (L. 16.) — l. 6. 9. u. 15. §. 3. u. 4. D. de castrens. pecul. (XLIX. 17.)

Zuſatz. Die Wörter *potestas*, *manus* und *mancipium* haben, außer den hierher gehörigen, oben angegebenen Bedeutungen, auch noch verſchiedene andere. — So bezeichnet *potestas* im öffentlichen Rechte die obrigkeitliche Gewalt, l. 215. D. de verb. signif., insbeſondere die Strafgewalt, l. 3. D. de jurisdict. (II. 1.), ingleichen die öffentliche Behörde oder Obrigkeit ſelbſt. I. 26. pr. D. de pignor. (XX. 1.) l. 17. §. 19. D. de aedilic. edict. (XXI. 1.) l. 3. §. 1. D. de reb. eor., qui sub tutel. (XXVII. 9.) Im Privatrechte wird dieß Wort auch von dem Rechte des tutor und curator über ſeinen Pflegbefohlnen gebraucht. Cic. de invent. II. 50. — §. 1. I. de tutel. (I. 13.) l. 1. pr. D. eod. (XXVI. 1.) l. 1. pr. in f. D. de curator. (XXVII. 10.) Ferner wird es auf Sachen bezogen, und bezeichnet dann bald die rechtliche Herrſchaft über dieſelben, oder das Eigenthumsrecht, z. B. §. 4. in f. I. de usufr. (II. 4.), (vielleicht auch in der l. 59. D. de regul. jur. [L. 17.]), bald die factiſche Möglichkeit, das Eigenthumsrecht daran auszuüben, d. h. den Beſitz. l. 215. D. de verb. signif. l. 8. §. 1. D. de lege Iul. repetund. (XLVIII. 11.) l. 4. §. 6. u. 12. und l. 41. D. de usurpat. (XLI. 3.) l. 21. §. 2. u. 3. D. de noxal. act. (IX. 4.) Ueber einige andere, mehr vulgäre Bedeutungen dieſes Wortes ſ. Brissonius de V. S. v. *potestas* No. 6 — 8., und über eine eigenthümliche bey nicht juriſtiſchen Claſſikern (nämlich für den Zuſtand des freyen Vernunftgebrauches,) ſ. Dirkſen's Beiträge, S. 283. Note 101). — Das Wort *manus* wird (abgeſehen von mehrern andern, hier nicht weiter in Betracht kommenden Bedeutungen, worüber vgl. Brissonius v. *manus* No. 1. 2. u. 4.) für verſchiedene Arten des Rechtes über Menſchen gebraucht, und zwar auch bey Juriſten für die Gewalt des Herrn über ſeinen Sclaven, (daher auch manumissio;) l. 4. D. de justit. et jur. (I. 1.) pr. I. de libertin. (I. 5.), bey nicht juriſtiſchen Schriftſtellern aber bald für die väterliche Gewalt, Liv. XXXIV. c. 2. u. 7. Gell. XVIII. 6. in f., bald für das vormundſchaftliche Rechtsverhältniß, wenigſtens in Bezug auf die Vormundſchaft über Frauen, Liv. l. c. und XXXIX. c. 9. in f. u. 18. (vgl. Gans Scholien zum Gajus, S. 139.) vielleicht auch bey Plautus Trucul. Act. IV. sc. 4. v. 6. in der Formation: *manstutor*. Vgl. Dirkſen a. a. O. S. 285. Note 109). — Was endlich das Wort *mancipium*, (aus manu und capere zuſammengeſetzt,) anlangt, ſo kam es in den zwölf Tafeln für das vor, was ſpäterhin mancipatio genannt wurde, d. h. ein feyerlicher Verkauf; Festus v. *nuncupata*, (daher auch mancipii lex, z. B. bey Cic. de orat. I. 39., ingleichen mancipio dare und accipere, z. B. bey Gaj. I. §. 121.) Sodann bezeichnet es das auf ſolche Art übertragene und erworbene Recht, d. h. das Röm. Eigenthum, z. B. bey Cic. ad Famil. VII. 29. u. 30. Auch wird es vorzugsweiſe auf beſtimmte

Gegenstände des Eigenthums bezogen, nämlich auf Sclaven. Vgl. §. 27. Note d). In Verbindung mit jus und als gleichbedeutender Ausdruck, wird es von **Brutus** in **Cic. Epist. ad Brut. I. 16.** gebraucht. („ . . . . . ut esset sui juris ac mancipii res publica.“) Ganz abusiv aber nimmt dieß Wort **Gellius IV. 3. in f.** und **XVIII. 6. in f.**, indem er es mit manus zusammenstellt zur Erläuterung oder Vervollständigung dieses Begriffs. — Uebrigens ist bemerkenswerth, daß die Wörter *manus* und *mancipium* in der oben angegebenen technischen Bedeutung bey den Röm. Juristen niemals an und für sich vorkommen, sondern immer nur in gewissen Verbindungen oder Redensarten, z. B. **in manu** oder **in mancipio esse** oder **habere**, **in causa mancipii esse**, **in manum convenire**, **mancipio dare**, u. d. gl.

§. 32.

Capitis minutio [a]).

Tit. I. de capitis minutione. (I. 16.)
Tit. D. de capite minutis. (IV. 5.)

Eine Veränderung des bisherigen status, mit welcher der Verlust oder eine Verminderung der von selbigem abhängenden Rechte verbunden ist, heißt mit dem Kunstausdruck: *capitis minutio* oder *deminutio* oder *diminutio* [b]) (n. a. u.). Die Legaldefinition dieses Begriffs: „status permutatio“ [c]), oder „prioris status commutatio“ [d]), ist nicht ausreichend, da in manchen Fällen eine Veränderung des bisherigen Familienstandes auch ohne eine Verminderung des Familienrechts (also ohne eine capitis deminutio,) eintreten kann [e]). Es ist nun aber, wie der status oder das caput selbst (vgl. §. 26.), so auch die capitis deminutio dreyfach, entweder eine *maxima*, oder eine *media*, oder eine *minima* [f]). Die mittlere heißt bisweilen auch *minor* [g]), oder auch *magna* [h]). — Die maxima cap. dem. (n. a. u.) besteht in dem Verluste der Freyheit, wodurch nothwendig auch die civitas und familia verloren gehen [i]), z. B. wenn Jemand zur Strafe in Sclaverey verfällt. — Die media cap. dem. (n. a. u.) besteht in dem Verluste des Röm. Bürgerrechts, jedoch unbeschadet der Freyheit, z. B. wenn ein Röm. Bürger zur Strafe in's Exil verwiesen oder auf eine Insel gebracht wird [k]). Damit werden auch zugleich die bisherigen Familienrechte vernichtet. (Vgl. §. 30.) — Die minima cap. dem. (n. a. u.) [l]) besteht in jeder durch ein: Rechts-

handlung herbeygeführten Veränderung des Familienverhältniſ-ſes, wodurch, unbeſchadet der Freyheit und Civität und überhaupt der öffentlichen Rechtsverhältniſſe, blos die bisherigen Familienrechte verloren gehen [m]). Sie kann nun überhaupt auf doppelte Art geſchehen, nämlich entweder ſo, daß Jemand, der bisher sui juris war, aufhört, ein ſolcher zu ſeyn, und in das Recht und die Familie eines Andern kommt, oder ſo, daß ein alieno juri subjectus aus ſeinem bisherigen Familienverhältniſſe heraustritt, und nun entweder sui juris wird, oder in das Recht und die Familie eines Andern übergeht [n]). — Das bisherige Familienverhältniß eines ſolchen, der sui juris war, ändert ſich in folgenden Fällen: 1) Wenn er ſich von einem Andern an Kindes Statt annehmen läßt (arrogatio) [o]). 2) Wenn ein außerhalb einer Römiſch-gültigen Ehe (justae nuptiae oder justum matrimonium) erzeugtes und deßhalb von der väterlichen Gewalt unabhängiges Kind hernach unter ſelbige gebracht wird, ſey es durch causae probatio oder durch die ſog. legitimatio [p]). 3) Ehemals auch, wenn eine bisher sui juris geweſene Frau in die manus eines Mannes kam (in manum conventio) [q]). — Das bisherige Familienverhältniß eines alieno juri subjectus ändert ſich in folgenden Fällen: 1) Wenn ein Kind vom Vater aus deſſen Gewalt in der Abſicht, damit es sui juris werde, entlaſſen wird (emancipatio) [r]). 2) Wenn es vom Vater einem Andern an Kindes Statt gegeben und von dieſem angenommen wird (adoptio im engern Sinne) [s]). 3) Wenn bey der arrogatio die Kinder deſſen, der ſich arrogiren läßt, zugleich mit ihrem Vater in die Gewalt und Familie des arrogator übergehen [t]). 4) Ehemals auch, wenn eine filiafamilias in die manus eines Mannes kam (in manum conventio) [u]). 5) Wenn Jemand von dem, in deſſen Rechte er bisher ſtand, durch feyerlichen Verkauf in das mancipium des Käufers gebracht [v]), oder auch aus dieſem Verhältniſſe durch manumissio wieder entlaſſen wurde [x]). — Die allgemeine Wirkung der minima cap. dem. in Anſehung der Zuſtandsrechte beſteht alſo darin, daß die bisherigen Familienrechte des capite minutus verloren gehen, und zwar nach Verſchiedenheit der Fälle bald nur die gemeinſchaftlichen Familien- und Agnationsrechte [y]), (welcher Verluſt jedoch nicht blos den capite minutus ſelbſt, ſondern auch ſeine bisherigen Agnaten im Ver-

hältniß zu ihm trifft [z]),) bald auch das besondere Recht eines suus heres[aa]), bald gar das eines Familienhauptes[bb]). Dagegen bleiben die natürlichen Verwandtschaftsrechte und die Affinitätsverhältnisse bey der minima cap. dem. unverändert[cc]), obgleich auch diese Rechte durch die maxima und media cap. dem. aufgehoben, und im erstern Falle auch nicht einmal durch die darauf erfolgte Freylassung wieder hergestellt werden[dd]). — Uebrigens wird bey jeder minima cap. dem. der dadurch aufgelößte bisherige Familienstand durch einen neuen (der oft viel vortheilhafter seyn kann,) ersetzt, indem der capite minutus entweder in eine andere Familie kommt, oder eine eigene zu begründen anfängt; und daraus erklärt es sich, warum im Röm. Rechte bey der minima cap. dem. von der familia oder dem status hominis niemals (wie doch bey der maxima und media c. d. von der libertas und civitas,) gesagt wird: *amittitur*, sondern immer nur: „*mutatur*“[ee]).

a) Diese Lehre wird von Gajus I. §. 158 — 163., von Ulpian XI. §. 9 — 13. und in Justinian's Institutionen bey Gelegenheit der legitima tutela, als welche (im Vorjustin. Rechte) durch jede cap. minutio verloren ging, in den Digesten aber bey Gelegenheit der deßhalb gegebenen in integrum restitutio vorgetragen.

b) Diese Form, welche sich allerdings häufig in alten Handschriften findet, hält Hugo in der Rechtsgesch. S. 120. u. 121. Anmerk. 2) für vorzüglicher, als die Form: *deminutio*; allein auch der Letztern stehen, neben der Digesten-Handschrift zu Florenz, noch andere gewichtige Auctoritäten zur Seite, und überdieß spricht für sie der gewöhnliche Gebrauch von *de* und *di* in zusammengesetzten Wörtern. Vgl. des Verfassers Bemerk. über Röm. Rechtsgesch. S. 43. Note 71)', und Schrader in der Institutionen-Ausg. p. 107. v. *deminutio*.

c) l. 1. D. h. t. — Eben so auch bey Paulus I. 7. §. 2. In der l. 2. D. de in integr. restitut. (IV. 1.) heißt es: status mutatio.

d) pr. I. h. t. — Ob Gajus I. §. 159. die cap. dim. definirt habe: prioris *capitis* permutatio, oder: prioris *status* permut., ist zweifelhaft; doch scheint das Letztere Mehr für sich zu haben. Vgl. Cramer in Brinkmann's Not. subit. ad Gaj. Inst. §. 159. p. 12. — Die Erklärung aber, welche Heineccius Antiquit. Rom. Synt. I. 16. §. 1. von der cap. dem. giebt, daß nämlich caput hierbey ein in den Tafeln des Census verzeichnetes Individuum bedeute, und die cap. dem. daher benannt sey, weil die, welche sie erlitten hätten, aus jenen Tafeln gestrichen worden seyen, ist nicht nur zu gesucht, sondern auch auf viele Fälle

der minima cap. dem. gar nicht anwendbar. — Offenbar iſt hierbey caput gleichbedeutend mit status im vortheilhaften Sinne. Vgl. §. 26. Note e) und u).

e) Z. B. bey einem Hauskinde durch den Tod des paterfamilias, Gaj. III. §. 114. in f. l. 195. §. 2. D. de verb. signif. (L. 16.) desgl. durch Erlangung gewiſſer Würden. Gell. I. 12. Gaj. l. c. l. 5. C. de consul. (XII. 3.) §. 4. I. quib. mod. jus potest. solv. (I. 12.) u. Nov. 81. pr. u. §. 1. — Befriedigender iſt in dieſer Hinſicht die von Theophilus I. 16. pr. gegebene Beſchreibung der cap. dim.: „*κάπιτις διμινουτίων ἐστὶ τῆς προτέρας καταστάσεως ἐναλλαγή· ἢ οὕτως, πάθος ἐκ περιςάσεως νόμων συμβαῖνον, κατάστασιν ἀμεῖβον ἤτοι ἐλαττοῦν τοῦ πάσχοντος.*“ (Cap. dim. est prioris status mutatio; vel sic: Passio ex occasione [sive auctoritate] legum eveniens, statum patientis mutans aut minuens.)

f) l. 11. D. h. t. „Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima. Tria enim sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam . . . . . “ Gaj. I. §. 159. Ulp. XI. §. 10. — pr. I. h. t.

g) Gaj. §. 159. u. 161. — pr. u. §. 2. I. h. t. — In derſelben Bedeutung für das Mittlere kommt *minor* auch in §. 3. I. de libertin. (I. 5.) vor: „. . . . . modo majorem . . . . . libertatem . . . . . modo *minorem* . . . . modo inferiorem . . . . . “

h) l. 1. §. 8. in. f. D. ad SC. Tertull. (XXXVIII. 17.) — Dieſer Ausdruck kommt aber auch für die maxima cap. dem. vor, l. 17. C. de usufr. (III. 33.) ingl. für die maxima und media zuſammen, und dann bedeutet *minor* diejenige, welche in jener aus drey Gliedern beſtehenden Eintheilung minima heißt. l. 1. §. 4. D. de suis et legitim. hered. (XXXVIII. 16.) l. 5. §. 3. D. de extraord. cognit. (L. 13.) Bey Gaj. I. §. 163. werden die beyden erſtern Arten zuſammen *majores* diminutiones genannt.

i) l. 11. D. h. t. „ . . . . . Igitur cum omnia haec amittimus, hoc est, libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem . . . . . constat.“ — Von Gajus I. §. 160. und §. 1. I. h. t. wird die maxima cap. dem. ſo definirt: „cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit,“ und auf ähnliche Weiſe von Ulpian XI. §. 11. „per quam et civitas et libertas amittitur.“

k) l. 11. D. h. t. „ . . . . . quum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem . . . . . constat.“ — Ulp. XI. §. 12. „Media cap. dim. dicitur, per quam, sola civitate amissa, libertas retinetur, ... “ — §. 2. I. h. t. Minor sive media est cap. dem., cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur; quod accidit ei, cui aqua et igni interdictum fuerit, vel ei, qui in insulam deportatus est.“ — Dagegen enthält der Verluſt einer amtlichen Würde (dignitas), da dieſe nicht zum status im techniſchen Sinne gehört, keine capitis minutio. §. 5. I. h. t. u. l. 3. D. de senator. (I. 9.) obwohl eine Schmälerung der bürger-

lichen Ehre damit verbunden ſeyn kann. l. 5. §. 2. D. de extraord. cognit. (L. 13.)

l) Ueber die hierauf bezügliche Literatur ſ. Zimmern's Geſch. d. Röm. Privatr. B. 1. §. 229. Note 6), und Mackeldey's Lehrb. d. heut. Röm. Rechts, §. 121. Note c).

m) l. 11. D. h. t. „. . . . . quum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat.“ — Ulp. XI. §. 13. „Minima c. d. est, per quam, et civitate et libertate salva, status dumtaxat hominis mutatur.“ — Auf ähnliche Weiſe wird ſie im §. 3. I. h. t. (ohne Zweifel nach dem Muſter von Gajus Inſtitutionen, wo jedoch die hierher gehörige Stelle eben ſo, wie bey der minor c. d., in der Handſchrift nicht vollſtändig erhalten iſt,) definirt: „Minima c. d. est, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur.“ — In der l. 1. §. 8. D. ad SC. Tertull. (XXXVIII. 17.) wird dieſe cap. min. ſo charakteriſirt: „salvo statu contingens,“ wobey eine engere Bedeutung von status zum Grunde liegt. Vgl. §. 26. Note i und k). — Daß übrigens die minima c. d. auf öffentliche Rechtsverhältniſſe überhaupt ohne allen Einfluß ſey, wird ausdrücklich bezeugt in der l. 5. §. 2. und l. 6. D. h. t. „. . . . . et primo de ea capitis deminutione, *quae salva civitate accidit*, per quam *publica jura* non interverti constat; nam manere Magistratum vel Senatorem vel judicem certum est. Nam et cetera officia, quae *publica* sunt, in eo non finiuntur; capitis enim minutio *privata hominis et familiae ejus jura, non civitatis amittit.*“

n) Die verſchiedenen Fälle der minima c. d. werden im §. 3. I. h. t. in folgenden Satz zuſammengefaßt: „Quod accidit in his, qui, cum sui juris fuerunt, coeperunt alieno juri subjecti esse, vel contra.“ Das Letztere drückt Theophilus I. 16. §. 3. vollſtändiger ſo aus: „ἢ ἐκ τοῦ ἐναντίου, ὁ ὑπεξούσιος γέγονεν αὐτεξούσιος.“ (aut ex contrario, alieno juri subjectus factus est sui juris.) — Indeſſen umfaßt dieſe Darſtellung doch nicht alle Fälle der minima c. d.; denn es fehlen darin diejenigen, wo ein bisheriger alieno juri subjectus durch eine minima c. d. in das Recht und die Familie eines Andern übergeht.

o) Gaj. I. §. 162. III. §. 82 — 84. u. IV. §. 38. Ulp. XI. §. 13. Paul. III. 6. §. 29. I. 2. pr. u. §. 2. und l. 15. pr. D. de adopt. (I. 7.) l. 11. §. 2. D. de bon. possess. sec. tab. (XXXVII. 11.) „. . . . . quia dando se in arrogandum testator *cum capite* fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat.“

p) Gaj. I. §. 65 — 73. Ulp. VII. §. 4. — §. 13. I. de nupt. (I. 10.) und §. 2. I. de hereditat. quae ab intest. defer. (III. 1.)

q) Gaj. I. §. 162. III. §. 82 — 84. u. IV. §. 38. Ulp. XI. §. 13.

r) l. 6. §. 1. D. de bonor. possess. (XXXVII. 1.) l. 4. u. l. 5. §. 1. D. si tab. test. null. exstab. unde liber. (XXXVIII. 6.) l. 4. §. 10. D. de grad. et affin. (XXXVIII. 10.) und beſonders l. 3. §. 1.

D. h. t. „Emancipato filio et ceteris personis capitis minutio manifesto accidit, quum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus.“ Dieſe Stelle bezieht ſich auf die alte Emancipationsform, und will ſagen, daß hierbey die cap. minutio um ſo einleuchtender ſey, da der zu Emancipirende ſogar in einen ſcheinbaren Sclavenzuſtand (wenn auch nur momentan,) gebracht werde. Doch iſt hierin nicht der eigentliche Grund oder gar die weſentliche Bedingung einer minima c. d. zu ſuchen. Denn auch abgeſehen davon, daß dieß auf die Emancipationsform des neuern Röm. Rechts nicht paſſen würde, ſo giebt es ja auch mehrere Fälle einer minima c. d., wo niemals auch nur momentan ein der Sclaverey ähnliches Verhältniß begründet wurde, z. B. die arrogatio, die in manum conventio u. ſ. w. Vgl. Gans Scholien zum Gajus, S. 220 — 224. und Burchardi's Lehre von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, S. 264. u. 265. — Anderer Meinung iſt von Schröter in Observ. jur. civ. p. 39. not. 64).

s) Gaj. I. §. 162. Ulp. XI. §. 13. Paul. III. 6. §. 29. Paul. Diac. ex Festo v. deminutus: „Deminutus capite appellabatur . . . . . ex alia familia in aliam adoptatus . . . . . “

t) l. 3. pr. D. h. t. „Liberos, qui arrogatum parentem sequuntur, placet minui caput, quum in aliena potestate sint, et quum familiam mutaverint.“ Gaj. I. §. 107. Ulp. VIII. §. 8. — §. 11. I. de adopt. (I. 11.) l. 2. §. 2. l. 15. pr. u. l. 40. pr. D. eod. (I. 7.)

u) Gaj. I. §. 136. u. 162. Ulp. XI. §. 13. Collatio IV. c. 2. §. 3. u. c. 7. Tacit. Annal. IV. 16.

v) Gaj. I. §. 162. — Auch erwähnt dieſen Fall ſpeciell Paul. Diac. l. c. (ſ. Note s)) „ . . . . . et qui liber alteri mancipio datus est, ... “

x) Gaj. I. §. 162. „Minima capitis diminutio . . . . . accidit . . . . et in his, qui mancipio dantur, *quique ex mancipatione manumittuntur*, adeo quidem, ut quotiens quisque mancipetur, aut manumittatur, (nach Göſchen's Reſtitution, wofür aber Heffter in ſeiner Ausgabe des Gajus vorſchlägt: aut remancipetur,) totiens capite diminuatur.“ — Auffallend iſt allerdings, was wir aus dieſer Stelle von Gajus erfahren, daß auch bey den in causa mancipii, wenn ſie aus dieſem Verhältniſſe manumittirt wurden, eine cap. dem. Statt fand, da ſie doch servorum loco waren, (Gaj. I. §. 123. u. 138. II. §. 160. u. III. §. 114.) und nun bekanntlich Sclaven durch Manumiſſion keine cap. dem. erlitten und erleiden konnten. l. 3. §. 1. in f. u. l. 4. D. h. t. und §. 4. I. h. t. „Servus autem manumissus capite non minuitur, quia nullum caput habuit.“ Daher wollen Manche, z. B. Gans in den Scholien zum Gajus S. 221. u. 222., jene Stelle blos auf die Emancipation bezogen wiſſen; und dieſe Erklärung ſucht Huſchke in den Studien des Röm. Rechts S. 221. u. 222., indem er die Möglichkeit einer cap. dem. bey dem Austreten aus dem mancipium ſchlechthin läugnet, noch dadurch zu unterſtützen, daß er ſtatt „*aut* manumittatur“,

zu lesen vorschlägt: *ac* **manumittatur**, so daß hiernach die Mancipation mit der dazu gehörigen Manumission als Ein Act angesehen werden müßte. Allein dieser Ansicht steht Folgendes entgegen: 1) Daß sich nicht wohl absehen läßt, warum Gajus, wenn er bey jener Stelle blos an die Emancipation gedacht hätte, statt des einfachen, und dem kurz vorhergehenden „**qui adoptantur**" entsprechenden Ausdrucks: *qui emancipantur*, jene weitschweifige Umschreibung gewählt haben sollte. 2) Daß dann in der Aufzählung der verschiedenen Fälle der **minima c. d.** ein sehr wichtiger und im ältern Rechte häufig vorkommender Fall fehlen würde, nämlich das **mancipio dari** zu andern Zwecken, als zum Behuf der Emancipation. 3) Daß die Wiederholung des „*qui*" (**quique . . . . . manumittuntur,**) auf einen neuen, vom vorhergehenden **mancipio dari** verschiedenen Fall der **minima c. d.** hinweiset, indem sonst, wenn die Manumission mit der ihr vorausgegangenen Mancipation als Ein Act angesehen werden sollte, das einfache *et* genügend und richtiger gewesen seyn würde. — Sonach bleibt Nichts übrig, als anzunehmen, daß auch der **mancipatus** zur **familia** dessen, in dessen **mancipium** er gekommen war, gehörte, wenn auch mit sehr beschränktem Antheil an den Familienrechten, und daß er folglich, wenn er durch Manumission aus dem **mancipium** heraustrat, eine Veränderung seines bisherigen Familienstandes, also eine **minima c. d.**, erlitt, so gering auch sein dießfallsiger Rechtsverlust im Vergleich mit dem, was er dafür gewann, seyn mochte. Diese Annahme stellt sich aber auch von einer andern Seite her als nothwendig dar. Denn der **mancipatus** blieb, auch während er sich im **mancipium** befand, hinsichtlich seines **status** frey und Röm. Bürger; was sich aus **Paulus V. I. §. 1. u. 2.**, und auch schon daraus ergiebt, daß mit dem **mancipari** nur eine **minima c. d.** verbunden war. Nun aber mußte jeder Röm. Bürger in Ansehung seines privatrechtlichen Zustandes entweder zu einer bestimmten **familia**, als untergeordnetes Mitglied derselben, gehören, oder seine eigene **familia** haben. Das Letztere war nun bey dem **mancipatus**, als einem **alieno juri subjectus** (vgl. §. 31.), offenbar nicht der Fall. Aber eben so wenig konnte er (abgesehen von den Fällen, wo ein Sohn nach dem ersten und zweiten Verkauf und die darauf erfolgten Freylassungen in die Gewalt seines Vaters zurückgefallen war, **Gaj. I. §. 132. Ulp. X. §. 1.**) noch zur Familie dessen gehören, von dem er mancipirt worden war, folglich mußte er zur Familie dessen, in dessen **mancipium** er stand, gerechnet werden; was jedoch auf die während dieses Abhängigkeitsverhältnisses von ihm erzeugten Kinder, nach der vorherrschenden Meinung der Röm. Juristen, ohne Einfluß blieb. **Gaj. I. §. 135.**

y) Diese Folge der **minima c. d.** wird in unsern Quellen vorzugsweise berücksichtigt. **Gaj. I. §. 158. u. 163. III. §. 21. u. 27. Ulp. XXVIII. §. 9. — §. 3. I. de legitim. agnat. tut. (I. 15.) l. 7. pr. D. h. t. l. 4. §. 10. D. de grad. et affin. (XXXVIII. 10.) l. 11. D. de suis et legit. hered. (XXXVIII. 16.)** — Doch darf man darauf allein keineswegs, wie es gleichwohl von unsern Juristen gewöhnlich geschieht, die Wirkung der **minima c. d.** hinsichtlich der Zustandsrechte beschränken.

Denn es kann kommen, daß Jemand durch eine solche cap. dem. gar keine Agnationsrechte verliert, weil er zu dieser Zeit in gar keinem Agnationsverbande stand, z. B. wenn der, welcher durch Emancipation aus seinem bisherigen Familien- und Agnationsverhältnisse herausgetreten ist, nachher, noch ehe er als paterfamilias neue Agnaten erlangt hatte, sich arrogiren läßt. — Auf noch andere Fälle macht von Buchholtz in den Juriſt. Abhandl. S. 393. u. 394. aufmerksam; doch scheint im Uebrigen die von ihm vorgeschlagene Art, die Wirkungen der minima c. d. auszudrücken, nicht ganz passend.

z) Gaj. I. §. 163. l. 11. C. de legit. hered. (VI. 58.) Vgl. auch Hugo's Rechtsgesch. S. 166.

aa) Gaj. III. §. 19. — §. 9. u. 11. I. de hereditat. quae ab intest. defer. (III. 1.) l. 6. §. 1. D. de bonor. possess. (XXXVII. 1.) l. 1. §. 4. u. l. 11. D. de suis et legit. hered. (XXXVIII. 16.)

bb) Vgl. die Noten ll — q).

cc) Gaj. I. §. 158. „Sed agnationis quidem jus capitis diminutione perimitur, *cognationis vero jus capitis diminutione non commutatur*, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non potest," und auf ähnliche Weise auch im §. 3. I. de legit. agnat. tut. (I. 15.); ferner Gaj. III. §. 27. Ulp. XXVIII. §. 9. l. 4. §. 10. D. de grad. et affin. (XXXVIII. 10.) „ In adoptionem datus aut emancipatus, *quascunque cognationes affinitatesque habuit, retinet*; agnationis jura perdit; . . . . . "

dd) l. 4. §. 11. D. eod. §. 6. I, h. t. l. 7. D. unde cognat. (XXXVIII. 8.) — Wer aber aus der feindlichen Gefangenschaft zurückkehrt, oder nach der maxima oder media c. d. Restitution vom Regenten erlangt, tritt allerdings auch in seine vorigen Verwandtschaftsrechte wieder ein. Gaj. I. §. 129. — §. 1. in f. u. §. 5. I. quib. mod. jus potest. solv. (I. 12.) l. 1. §. 9. u. l. 2. D. de bon. possess. cont. tab. (XXXVII. 4.) l. 4. D. de sentent. pass. (XLVIII. 23.) l. 13. §. 4. C. eod. (IX. 51.)

ee) Ulp. XI. §. 13. Paul. III. 6. §. 29. — §. 3. I. h. t. l. 3. pr. l. 7. pr. u. l. 11. D. h. t. — Zu dessen kommt das Wort *mutari*, auch abgesehen von den oben angeführten Legaldefinitionen der cap. dem., bisweilen auch in Bezug auf den status libertatis und die civitas vor. l. 28. in f. C. de liber. caus. (VII. 16.) und Paul. Diac. ex Fest. v. *deminutus*.

Zusatz 1. Die maxima und die media cap. dem. werden mit dem Tode verglichen, insofern nämlich der, welcher aufhört, frey oder Röm. Bürger zu seyn, eben dadurch alle Rechte nach dem jus civile verliert, und also in Bezug auf dieses gleichsam als todt zu betrachten ist. Gaj. I. §. 128. u. III. §. 153. — §. 1. I. quib. mod. jus potestat. solv. (I. 12.) l. 63. §. 10. pro soc. (XVII. 2.) l. 32. §. 6. D. de donat. int. vir. et. uxor. (XXIV. 1.) l. 59. §. 2. in f. D. de condit. et demonstr. (XXXV. 1.) l. 209. D. de regul. jur. (L. 17.) Man

pflegt daher diese beyden Arten der cap. dem. auch den bürgerlichen Tod zu nennen.

Zusatz 2. So wie das Hauptwort *caput* nicht blos das physische, sondern auch das bürgerliche Leben bedeutet, z. B. l. 10. D. de jure patron. (XXXVII. 14.) „. . . . . capitis accusationem eam esse, cujus poena mors aut exsilium esset;“ l. 14. §. 3. D. de bon. libert. (XXXVIII. 2.), eben so liegt diese doppelte Beziehung auch dem Beywort *capitale* in manchen Verbindungen zum Grunde. l. 2. D. de public. judic. (XLVIII. 1.) „Publicorum judiciorum quaedam capitalia sunt, quaedam non capitalia. *Capitalia* sunt, ex quibus poena mors, aut exsilium est, hoc est, aquae et ignis interdictio; per has enim poenas eximitur caput de civitate . . . . . “ l. 2. pr. D. de poen. (XLVIII. 19.) „Rei *capitalis* damnatum sic accipere debemus, ex qua causa damnato vel mors, vel etiam civitatis amissio, vel servitus contingit.“ l. 4. pr. D. si quis caution. in judic. sist. (II. 11.) — Aber auch in besonderer Beziehung auf die Ehre kommen jene Ausdrücke vor. In diesem Sinne ist z. B. bey Cic. pro Quint. c. 9. „*causa capitis*“ und „*pro capite dicere*“ zu nehmen. Id. pro Rosc. Comoed. c. 6. „Si qua enim sunt privata judicia summae existimationis, et paene dicam *capitis*, ... “ l. 103. D. de verb. signif. (L. 16.) „Licet *capitalis* latine loquentibus *omnis causa existimationis* videatur, tamen appellatio capitalis, mortis vel amissionis civitatis intelligenda est.“

§. 33.

Andere Verschiedenheiten der Menschen. A) Uebersicht der Gründe, worauf sie beruhen.

Außer den bisher erörterten Verschiedenheiten der Menschen giebt es auch noch manche andere, welche ebenfalls auf den Rechtszustand mehr oder weniger Einfluß haben. Die Gründe oder Verhältnisse, worauf dergleichen Verschiedenheiten beruhen, sind entweder blos natürliche, oder blos bürgerliche, oder gemischte, d. h. die in gewisser Hinsicht zu den natürlichen, in anderer zu den bürgerlichen Verhältnissen zu rechnen, oder aus beyden Elementen zusammengesetzt sind. In die erste Classe gehören: das Geschlecht, das Alter und der Gesundheitszustand; in die zweite: die bürgerliche Ehre, ingleichen Stand und Gewerbe; in die dritte: die Verwandtschaft, die Schwägerschaft, der Wohnort und das Religionsbekenntniß. — Nach dieser Reihefolge sollen nun jetzt die auf den angegebenen Grün-

den beruhenden Verschiedenheiten der Menschen im Einzelnen dargestellt werden.

Erinnerung. Von dem, im Institutionen-Systeme als die dritte Hauptverschiedenheit der Menschen aufgestellten, Unterschiede zwischen solchen, welche unter einer Vormundschaft stehen, und Andern (vgl. §. 2.) gehört, soviel die Erstern betrifft, das Nähere in die Lehre von der Vormundschaft (tutela und curatio). — Seit der lex Julia et Papia Poppaea war mehrere Jahrhunderte hindurch auch der Unterschied zwischen Ehelosen (coelibes) und Kinderlosen (orbi) auf der einen Seite, und solchen, welche in der Ehe lebten und Kinder hatten, auf der andern Seite, in gewissen Beziehungen von Einfluß auf die Rechtsfähigkeit; doch eignet er sich nicht zur Aufnahme unter die allgemeinen Verschiedenheiten oder Eintheilungen der Personen. Noch weniger ist dieß der Fall mit dem bey manchen Rechtshandlungen und Rechtsverhältnissen vorkommenden Unterschiede zwischen Haupt- und Neben-Personen.

§. 34.

B) Specielle Erörterung jener Verschiedenheiten: 1) Nach dem Geschlechte.

In Ansehung des Geschlechts sind die Menschen entweder Mannspersonen (masculi, mares, viri, virilis sexus personae,) oder Frauenspersonen (mulieres [a]), feminae, feminini sexus personae). In der Regel haben nun zwar beyde Geschlechter gleiche Rechte [b]); doch leidet diese Regel auch viele Ausnahmen [c]), wodurch die Lage der Frauenspersonen bald günstiger, bald ungünstiger, als die der Mannspersonen, sich gestaltet [d]). Dergleichen Abweichungen der Rechte der Frauen von denen der Männer, haben ihren Grund theils in der frühern, physischen und intellectuellen, Entwickelung des weiblichen Geschlechts [e]), theils in der, diesem Geschlecht geziemenden, Sittsamkeit und Schaamhaftigkeit (pudicitia sexui congruens, oder pudor ac verecundia feminarum,) [f]), theils in der demselben eigenthümlichen Schwachheit (sexus infirmitas oder imbecillitas oder fragilitas sexus) [g]), und Unerfahrenheit in Rechtssachen und gerichtlichen Geschäften (forensium rerum ignorantia) [h]), theils endlich darin, daß Frauenspersonen unfähig sind, selbstständig und unter ihrem Namen die Familie zu erhalten und fortzusetzen [i]). — Uebrigens werden im Röm.

Rechte auch *Hermaphrodili*, (Zwitter), d. h. ſolche, deren Geſchlecht zweifelhaft iſt, erwähnt. Dergleichen Perſonen ſollen zu demjenigen Geſchlechte gerechnet werden, welches bey ihnen das vorherrſchende iſt [k]).

a) Dieſes Wort bezeichnet im weitern Sinne alle Perſonen weiblichen Geſchlechts, gleichviel ob ſie verheyrathet ſind, oder nicht. l. 25. §. 9. D. de aur. argent. legat. (XXXIV. 2.) l. 13. pr. D. de verb. signif. (L. 16.) und Servius ad Virgil. Aen. XI. v. 687.; im engern Sinne aber wird mulier der virgo entgegengeſetzt. Servius l. c., l. 11. §. 1. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 11. §. 5. D. de action. emt. et vend. (XIX. 1.)

b) Eine Folge davon enthält l. 1. D. de verb. signif. „Verbum hoc: *si quis*, tam masculos, quam feminas complectitur;“ und l. 195. pr. D. eod. „Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur;“ was jedoch nicht auch umgekehrt gilt. l. 45. pr. D. de legat. II. (XXXI.) „ . . . . . exemplo enim pessimum est, feminino vocabulo etiam masculos contineri.“

c) Vgl. Dorn Seiffen jus feminarum apud Romanos tam antiquum, quam novum. Traj. ad. Rhen. 1802. und auct. ib. 1818. — Spangenberg Historiae feminarum Romanarum civilis Spec. Götting. 1806.

d) Gaj. II. §. 113. „Videntur ergo melioris conditionis esse feminae, quam masculi; . . . . . “ l. 9. D. de statu hom. (I. 5.) „In multis juris nostri articulis deterior est conditio feminarum, quam masculorum.“

e) Vgl. §. 35. — Anwendungen davon in pr. I. quib. mod. tutel. finit. (I. 22.) l. 3. C. quando tutor. esse desin. (V. 60.) — pr. I. de nupt. (I. 10.) l. 24. C. eod. (V. 4.) — Gaj. II. §. 113. l. 5. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.)

f) l. 1. §. 5. D. de postulando (III. 1.) u. l. 2. §. 1. C. de his, qui ven. aetat. impetrav. (II. 45.) Daher ſind Frauensperſonen von öffentlichen Aemtern, und andern, nur für Männer ſchicklichen, bürgerlichen Verrichtungen (virilia oder civilia officia [a. u.], wohin jedoch die Ablegung eines gerichtlichen Zeugniſſes nicht gerechnet wird, l. 18. D. de testib. [XXII. 5.] und dazu Dirkſen's Beiträge ꝛc. S. 235 — 247.) ausgeſchloſſen. l. 1. §. 5. D. cit. l. 12. §. 2. in f. D. de judic. (V. 1.) l. 1. §. 1. u. l. 2. §. 1. D. ad SC. Vellej. (XVI. 1.) l. 16. pr. u. l. 18. D. de tutel. (XXVI. 1.) l. 3. §. 3. D. de muner. (L. 4.) l. 2. pr. D. de regul. jur. (L. 17.) — Ulp. XX. §. 7. l. 20. §. 6. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.) §. 6. I. de testam. ordin. (II. 10.) — l. 6. D. de popular. act. (XLVII. 23.) — Auch in Anſehung des bürgerlichen Ranges ſtehen Frauensperſonen den Männern nach. l. 1. D. de senator. (I. 9.)

g) Ulp. XI. §. 1. l. 2. §. 2. D. ad SC. Vellej. (XVI. 1.) l. 9. pr. D. de jur. et fact. ignor. (XXII. 6.) l. 20. pr. C. de donat. ante nupt. (V. 3.) — Gajus I. §. 144. u. 190. bezeichnet die weibliche Schwäche ſogar mit dem Ausdruck: *animi levitas* (a. u.) — Beyſpiele von beſondern, aus dieſem Grunde abzuleitenden Rechten der Frauen kommen in den angef. Stellen vor.

h) Ulp. XI. §. 1. — Ueber die Begünſtigung der Frauen in Anſehung der juris ignorantia vgl. §. 22. Note h u. l).

i) Vgl. die §. 29. Note d) citirten Stellen. — Ueber die damit zuſammenhängende Unfähigkeit der Frauen zur patria potestas und zur manus, in welcher ſie vielmehr ſelbſt ſtanden, vgl. §. 31. Note k u. s.)

k) l. 10. D. de statu hom. (I. 5.) „Quaeritur, Hermaphroditum cui comparamus? Et magis puto ejus sexus aestimandum, qui in eo praevalet.“ Anwendungen davon in der l. 15. §. 1. D. de testib. (XXII. 5.) und l. 6. §. 2. D. de liber. et postum. (XXVIII. 2.)

Zuſatz 1. Manche dem ältern Rechte eigenthümliche, im Fortgang der Zeit aber weggefallene, Beſchränkungen der Frauen gingen aus dem Beſtreben hervor, dem Reichthum und Luxus derſelben Schranken zu ſetzen. Dieſen Zweck verfolgte z. B. die lex Oppia v. J. R. 539., die jedoch ſchon zwanzig Jahre darauf wieder abgeſchafft wurde, Liv. XXXIV. c. 1 — 8., ingleichen die in privatrechtlicher Hinſicht ungleich wichtigere lex Voconia de coërcendis mulierum hereditatibus, wovon das Nähere in's Erbrecht gehört.

Zuſatz 2. Ueber die verſchiedenen, in den Digeſten vorkommenden Namen von Frauensperſonen ſ. Brissonius de V. S. v. *mulier* No. 2.

§. 35.

2) Nach dem Alter.

In Rückſicht des Alters war von jeher bey den Römern der Unterſchied zwiſchen Mannbaren oder Mündigen (puberes [a]), als Frauensperſonen viripotentes [b]),) und Unmannbaren oder Unmündigen (impuberes [c])), und zwar mit Berückſichtigung der Geſchlechtsverſchiedenheit, angenommen [d]). Bey Mannsperſonen ſcheint nun im älteſten Röm. Rechte der Anfangspunct der pubertas noch nicht nach einer gewiſſen Zahl von Jahren im Allgemeinen beſtimmt, ſondern vielmehr bey jedem Einzelnen, ſowohl in Anſehung der Heyrathsfähigkeit, als der Befreyung von der tutela, durch die individuelle Entwickelung und Reife des Körpers (habitus corporis), und namentlich durch den Eintritt der Zeugungsfähig-

keit [e]) bedingt gewesen zu seyn [f]), zu deren Ausmittelung die körperliche Besichtigung (indagatio corporis oder inspectio habitudinis corporis) üblich war [g]). In der Folge entspann sich jedoch über den Termin der männlichen Pubertät, in Bezug auf die Befreyung von der Tutel, eine Meinungsverschiedenheit zwischen den Secten der Röm. Juristen [h]). Die Sabinianer (oder Cassianer) nämlich, machten auch in dieser Beziehung, der alten Ansicht getreu, den Anfangspunct der Pubertät bey jedem Einzelnen von dem Eintritt der Zeugungsfähigkeit, und nur bey Zeugungsunfähigen von einem bestimmten Lebensalter abhängig [i]). Die Proculianer hingegen nahmen, nach der Ansicht der Stoiker [k]), bey allen Mannspersonen ohne Unterschied mit dem erfüllten vierzehnten Lebensjahre den Termin der Pubertät an [l]). Eine dritte Meinung, welche die meisten Anhänger gewonnen zu haben scheint, erforderte zur Pubertät, und zwar wohl eben so gut in Ansehung der Heyrathsfähigkeit, als der Befreyung von der Tutel, das Zusammentreffen jener beyden Umstände, der körperlichen Reife und der bestimmten Zahl von Jahren [m]). In Bezug auf andere, als die beyden angegebenen, Verhältnisse aber, wo die Pubertät in Betracht kommt, pflegte schon zur Zeit der classischen Juristen bey Mannspersonen lediglich das erfüllte vierzehnte Lebensjahr berücksichtigt zu werden [n]), und Justinian erhob dieß, unter gänzlicher Abschaffung der körperlichen Besichtigung, zur allgemeinen Regel [o]). Bey Frauenspersonen hatte jedoch von jeher die körperliche Besichtigung für unanständig gegolten, und daher war bey ihnen höchstwahrscheinlich schon im ältesten Rechte der Anfangspunct der Pubertät überall mit einem bestimmten Lebensjahre, nämlich mit dem zurückgelegten zwölften, angenommen [p]), wie dieß im neuern Rechte außer allem Zweifel ist [q]). — Neben dieser gewöhnlichen Pubertät aber (welche im Röm. Rechte pubertas schlechthin, und bey den Neuern pubertas minus plena heißt,) kommt auch noch eine andere Art unter dem Namen *plena pubertas* (n. a. u.) vor [r]), welche bey Mannspersonen mit dem zurückgelegten achtzehnten, und bey Frauenspersonen mit dem erfüllten vierzehnten Lebensjahre eintritt [s]). Indessen gilt jene Bestimmung von 18. Jahren bey Mannspersonen [t]) nicht überall, wo für gewisse Rechte oder rechtliche Folgen eine zwischen der ge-

wöhnlichen Pubertät und der (nachher zu erörternden) Volljährigkeit in der Mitte liegende Altersſtufe, als Bedingung vorausgeſetzt wird [u]), ſondern in manchen Fällen dieſer Art iſt ſchon ein geringeres Alter hinreichend [v]), in andern dagegen ein höheres Alter erforderlich [x]). — Die impuberes ſind nun wiederum entweder *infantes* [y]), oder *infanti* (auch infantiae) *proximi* (a. u.), oder *pubertati proximi* (a. u.) [z]), welche letztere Beyden zuſammen von den Neuern infantia majores genannt werden. *Infans* heißt der etymologiſchen, auch in unſern Quellen mehrmals ausgeſprochenen Bedeutung nach: „qui fari non potest“ [aa]), und es ſcheint alſo nach der urſprünglichen Anſicht des Röm. Rechts die infantiæ, ohne eine beſtimmte Altersgrenze, den Zeitraum der noch nicht entwickelten Sprachfähigkeit eines Menſchen umfaßt zu haben [bb]). Doch wird auch ſchon von den Pandektiſten hin und wieder, wahrſcheinlich in Folge naturphiloſophiſcher Anſichten über die menſchlichen Altersſtufen [cc]), dem vollendeten ſiebenten Lebensjahre ein gewiſſer Einfluß auf Rechtsverhältniſſe beygelegt [dd]), und in kaiſerlichen Conſtitutionen aus dem 5ten Jahrhundert n. Ch. wird der Begriff des *infans*, ohne Unterſchied des Geſchlechts, ausdrücklich ſo beſtimmt, daß darunter ein Kind unter ſieben Jahren zu verſtehen ſey [ee]). Von der zurückgelegten infantia an bis zur pubertas ſind die Unmündigen entweder infanti proximi oder pubertati proximi, je nachdem ſie der Kindheit oder der Mündigkeit näher ſtehen; was ſich jedoch wohl nicht auf eine beſtimmte Grenzſcheidung nach Jahren zurückführen läßt, ſondern vielmehr nach der geringern oder größern intellectuellen Ausbildung der Unmündigen zu beurtheilen iſt [ff]). — Was hiernächſt die Mannbaren oder Mündigen anlangt, ſo ſind ſie ohne Unterſchied des Geſchlechts entweder Volljährige (auch Großjährige genannt, majores viginti-quinque annis, ſelten mit veränderter Wortſtellung, öfters aber majores ſchlechthin [gg]),) oder Minderjährige (minores [quam] vigintiquinque annis oder annorum, ſ. m. v. W., bisweilen mit dem Zuſatz natu, auch minores annis oder annorum, und oft minores ſchlechthin genannt [hh]),) je nachdem ſie das fünfundzwanzigſte Lebensjahr zurückgelegt haben, oder nicht [ii]). Dieſe Grenzbeſtimmung der Minderjährigkeit, welche wohl damit zuſammenhängt, daß man 100 Jahre als das längſte Ziel

des menſchlichen Lebens betrachtete[kk]), rührt aus einer alten lex her, die nicht ſowohl, wie ſie ſonſt gewöhnlich genannt wurde, Laetoria, ſondern vielmehr Plaetoria [ll]) heißt, und deren Alter ſich nur in ſo weit beſtimmen läßt, daß ſie vor dem Jahre R. 570. errichtet worden ſeyn muß [mm]). — Endlich ſind unter den Volljährigen auch juriſtiſch ausgezeichnet Perſonen von höherm Alter (senes oder seniores). Das Greiſenalter (senectus), inſofern es von öffentlichen Aemtern und perſönlichen Bürgerlaſten (personalia munera) befreyet, beginnt in der Regel erſt mit dem vollendeten ſiebzigſten Jahre[nn]). Aber auch in andern rechtlichen Beziehungen ſind Perſonen von vorgerücktem Alter vor Jüngern (juvenes oder juniores) begünſtigt[oo]), ohne daß jedoch der Zeitpunct, von wo an man in die Kategorie jener Perſonen gehört, ſich im Allgemeinen beſtimmen läßt[pp]).

a) Dieſer Ausdruck geht zwar im weitern Sinne auf mannbare oder mündige Perſonen beyderley Geſchlechts, Ulp. VIII. §. 5. u. XI. §. 1. und pr. I. quib. mod. tutel. fin. (I. 22.), vorzugsweiſe aber auf Mannsperſonen. Gaj. I. §. 196. Ulp. V. §. 2. u. XI. §. 28. — pr. I. de nupt. (I. 10.) u. pr. I. de curator. (I. 23.) Eine zur Pubertät gelangte Mannsperſon heißt auch *vesticeps*. Paul. Diac. v. *vesticeps*, und Gell. V. 19.

b) Z. B. in den Inſtitutionen-Stellen der vorigen Note, desgl. l. 5. §. 2. D. quib. ex caus. in possess. eat. (XLII. 4.) bey Paul. Diacon. v. *pubes*. — Bey Ulp. V. §. 2. heißt eine mannbare Frauensperſon *potens* ſchlechthin, und bey Gaj. I. §. 144. *nubilis*.

c) Auch dieſer Ausdruck wird im weitern Sinne für Unmündige beyderley Geſchlechts gebraucht, z. B. Gaj. I. §. 189. Ulp. VIII. §. 5. u. XI. §. 1. l. 22. pr. D. de in jus voc. (II. 4.) l. 2. pr. D. de vulg. et pupill. substit. (XXVIII. 6.), vorzugsweiſe aber auf Mannsperſonen bezogen, während eine noch nicht mannbare Frauensperſon *nondum viripotens* heißt. l. 1. §. 32. D. de SC. Silan. (XXIX. 5.) — Die Unmündigen werden bisweilen auch *pueri* genannt, l. 1. pr. D. ubi pupill. educ. deb. (XXVII. 2.) l. 13. D. de reb. eor., qui sub tutel. (XXVII. 9.) l. 38. D. de statulib. (XL. 7.); doch wurden bey der Claſſeneintheilung von Servius Tullius unter pueri diejenigen verſtanden, die jünger, als ſiebzehn Jahre waren, Gell. X. 28., und für eben dieſe Altersſtufe kommt pueritia auch in der l. 1. §. 3. D. de postul. (III. 1.) vor. Auch Paul. Diac. v. *pubes* nennt einen Mannbaren: *puer*. Ueber andere Bedeutungen von *puer* ſ. l. 204. D. de verb. signif. (L. 16.) Ferner heißt ein Unmündiger auch *pupillus* (oder *pupilla*),

und zwar vorzugsweise dann, wenn er sui juris ist, l. 239. pr. D. eod. Gaj. I. §. 182. u. 191. Ulp. XI. §. 18. 23. u. 25. — pr. I. quib. mod. tutel. fin. (I. 22.), bisweilen aber auch dann, wenn er alieno juri subjectus ist. l. 7. §. 3. D. de pecul. (XV. 1.) l. 141. §. 2. D. de verb. obligat. (XLV. I.) l. 18. §. 4. C. de jure deliber. (VI. 30.) Daher auch pupillaris aetas für die Zeit der Unmündigkeit. cf. l. 18. §. 4. C. cit. l. 7. C. de impub. et al. substit. (VI. 26.) l. 38. D. de minor. (IV. 4.) l. 16. D. de jure fisci (XLIX. 14.) — Endlich trifft auch der von der toga praetexta entlehnte Ausdruck *praetextatus* (oder *praetextata*) ungefähr mit dem Begriff eines impubes zusammen. Gaj. III. §. 220. Paul. V. 4. §. 14. Collatio II. 5. §. 4. — §. 1. I. de injur. (IV. 4.) l. 3. §. 6. D. de liber. exhib. (XLIII. 30.) Vgl. Dirksen's Beiträge ꝛc. S. 287. u. 288. und Note f) zu Ende.

d) Vgl. Cramer de pubertatis termino ex disciplina Roman. Kil. 1804.

e) Daher wird bey der Frage nach der Pubertät häufig des *generare posse* gedacht. Gaj. I. §. 196. Ulp. XI. §. 28. Isid. Orig. XI. c. 2. Bey Festus wird *pubes* geradezu so definirt: „adolescens, qui jam generare potest," und bey Paul. Diac. „puer, qui jam generare potest."

f) Für diese Ansicht fehlt es freylich in Bezug auf die ältesten Zeiten an einem bestimmten Zeugnisse; doch beruht ihre Wahrscheinlichkeit theils auf dem nachherigen Secten-Streit über den Termin der Pubertät (s. Note i. u. l), theils auf dem natürlichen Entwickelungsgange des Röm. Rechts. — Die Meinung von Dirksen in den Beiträgen ꝛc. S. 54. 55. u. 156., daß bey den Römern von jeher die Pubertät in Beziehung auf die Ehe nach der körperlichen Reife, in Hinsicht auf die Befreyung von der Tutel aber nach den Jahren allein bestimmt worden sey, scheint weder den vorhandenen Quellenzeugnissen, die nirgends eines solchen Unterschiedes in Bezug auf jene beyden Verhältnisse gedenken, noch der Einfachheit des ältesten Röm. Rechts angemessen. Daß aber die für öffentliche Verhältnisse wichtige Altersstufe von 17. Jahren, womit die Verbindlichkeit zum Kriegsdienst eintrat, (Gell. X. 28.) jemals von Einfluß auf Bestimmung der Pubertät in ihren privatrechtlichen Folgen gewesen sey, wie Schweppe in der Rechtsgesch. §. 238. meint, ist ganz unerweislich; wahrscheinlich dagegen, daß das Anlegen der toga virilis statt der bisherigen praetexta, welches nach erfülltem 15ten Lebensjahre zu geschehen pflegte (vgl. Zimmern's Rechtsgesch. B. 1. §. 120. Note 6.), mit dem gewöhnlichen Anfangspunct der Pubertät in Verbindung stand.

g) Wenigstens nach der Angabe von Justinian in der l. 3. C. quando tutor. esse desin. (V. 60.) u. pr. I. quib. mod. tutel. finit. (I. 22.) und von Theophilus dazu, womit auch Quintil. Declamat. 279. übereinstimmt; doch wird die Wahrheit derselben von Manchen bezweifelt. Vgl. Heinecc. Antiquit. Rom. I. 22. §. 3. u. 4.

h) Vgl. Dirksen in den Beiträgen ꝛc. S. 51 — 55. u. 155 — 157.

l) Gaj. I. §. 196. und Ulp. XI. §. 28. Bey Zeugungsunfähigen ſcheinen die Sabinianer die Pubertät mit dem 18ten Jahre angenommen zu haben, weil man dieß als den ſpäteſten Termin anſah, wo die Mannbarkeit einzutreten pflege, Paul. III. 4. a. §. 2. und Theophilus I. 11. §. 4. in f., obgleich nach Censorin. de die natal. c. 7. dieß ſchon vor dem 17ten Jahre der Fall ſeyn ſoll.

k) Plutarch. *περὶ τῶν ἀρεσκόντων τοῖς φιλοσόφοις* (de philosophorum decretis) V. 23. Vgl. auch Schrader's Inſtitutionen-Ausg. p. 129. v. *veteres* in f.

l) Gaj. I. §. 196. u. Ulp. XI. §. 28. — Dieſe Meinung, jedoch ohne Erwähnung der Proculianer, referiren auch Macrob. Saturn. VII. 7. u. Somn. Scip. I. 6., Seneca consol. c. 24. und Paul. Diac. v. *pubes*.

m) pr. I. quib. mod. tutel. fin. (I. 22.) „ . . . . . Pubertatem autem *veteres* quidem *non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis* in masculis aestimari volebant;“ und auf ähnliche Weiſe Theophilus zu dieſer Stelle. Servius zu Virgil. Eclog. VIII. v. 39. „Bene cum annis jungit habitum corporis; nam et *in jure* pubertas *ex utroque* colligitur;“ und zur Aen. VII. v. 57. „Non est iteratum, sed *secundum jus* dictum, in quo *et ex annorum ratione et ex habitu corporis* aetas comprobatur.“ Isidor. Orig. XI. 2. „ . . . . . Quidam *ex annis* pubertatem existimant, id est, eum puberem esse, qui XIV. annos expleverit, quamvis tardissime pubescat. Certissimum autem puberem esse, qui *et ex habitu corporis* pubertatem ostendat et generare jam possit.“ — Dieſe Meinung wird bey Ulp. XI. §. 28. nach der Lesart der Handſchrift und der Ausgaben dem Priscus, worunter man gewöhnlich den Javolenus Priscus verſteht, zugeſchrieben; allein höchſt wahrſcheinlich iſt dieſe Stelle corrupt, und ſtatt *priscus* vielleicht zu leſen: *plerisque visum est*, ſo daß jenes Wort aus mißverſtandenen Abbreviaturen (PLRS. VS. E.) entſtanden zu ſeyn ſcheint. Vgl. des Verfaſſers Animadv. crit. ad Ulp. Fragm. Spec. III. p. 6 — 10.

n) Namentlich in Bezug auf die Teſtamentsmündigkeit, Gaj. I. §. 40. u. II. §. 113. Paul. III. 4. a. §. 1. l. 5. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.) l. 4. C. eod. (VI. 22.), desgl. in Bezug auf die Pupillarſubſtitution, l. 2. pr. u. l. 15. D. de vulg. et pupill. substit. (XXVIII. 6.); ja ſelbſt bey der Tutel ſcheint es nach der l. 11. pr. D. quod falso tutor. (XXVII. 6.) der Fall geweſen zu ſeyn, wenn nicht dieſe Stelle interpolirt iſt, wie Cujacius Observ. XXII. 20. vermuthet.

o) l. 3. C. quando tutor. esse desin. (V. 60.) pr. I. quib. mod. tutel. finit. (I. 22.) l. 24. C. de nupt. (V. 4.)

p) Dio. Cass. LIV. 16. in f. — Manche ſchreiben dieſe Beſtimmung ſogar ſchon dem Numa zu. S. dagegen Dirkſen in den Verſuchen ꝛc. S. 308.

q) Vgl. die in den Noten n) und o) citirten Stellen, ferner l. 4. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) l. 32. §. 27. D. de donat. int. vir. et uxor. (XXIV. 1.) l. 13. §. 2. D. de tutor. et curator. dat. (XXVI. 5.) und Theophil. I. 22. pr.

r) l. 40. §. 1. D. de adoption. (I. 7.) §. 4. I. eod. (I. 11.) und Theophil. dazu.

s) S. die in der vorigen Note citirten Stellen, und l. 14. §. 1. D. de aliment. legat. (XXXIV. 1.) Doch ſind die Meinungen hierüber verſchieden, vgl. Dirkſen in den Beiträgen S. 332. u. 333. Note 135., und ſelbſt der Umſtand, daß plena pubertas ein juriſtiſcher Kunſtausdruck ſey, wird von Dirkſen a. a. O. S. 289. u. von Zimmern in der Rechtsgeſch. B. 1. §. 120. bezweifelt.

t) Anwendungen davon enthalten, außer den in den beyden vorigen Noten citirten Stellen, auch Paul. III. 4. a §. 2., l. 13. D. de manumiss. vindict. (XL. 2.) l. 57. D. de re judic. (XLII. 1.) u. Nov. 115. c. 3. §. 13.

u) Vgl. Dirkſen a. a. O. S. 290. u. 291.

v) l. 1. §. 3. D. de postul. (III. 1.) §. 7. I. qui et quib. ex caus. manum. non poss. (I. 6.)

x) Z. B. §. 4. I. eod. Gaj. I. §. 38. u. 41. Ulp. I. §. 13. — Vgl. auch den Zuſatz 1.

y) Der deutſche Ausdruck „Kinder" iſt freylich zweydeutig, da er nicht blos die hier in Frage ſtehenden infantes, ſondern auch die Deſcendenten oder Abkömmlinge (liberi) bezeichnet.

z) Gaj. III. §. 109. u. 208. — §. 10. I. de inutil. stipulat. (III. 19.) §. 18. I. de obligat. quae ex delict. nasc. (IV. 1.) l. 13. §. 1. D. de dolo mal. (IV. 3.) l. 111. pr. D. de regul. jur. (L. 17.) und Theophil. III. 19. §. 9. — Dafür kommen bisweilen auch andere Umſchreibungen vor. So werden z. B. die infanti proximi in der l. 3. §. 1. D. de sepulcro viol. (XLVII. 12.) *admodum impuberes* genannt; die pubertati proximi aber in der l. 4. §. 26. D. de doli mal. except. (XLIV. 4) ſo bezeichnet: *qui prope pubertatem sunt.* Auf die Letztern bezieht ſich auch die Umſchreibung in der l. 14. D. de SC. Silan. (XXIX. 5.) und der Ausdruck *vicinus pubertati* bey Serv. zu Virg. Eclog. VIII. v. 39. — Dagegen geht die in der l. 3. §. 6. D. de liber. exhib. (XLIII. 30.) vorkommende (gewöhnlich falſch gedeutete, aber nach der Analogie des Ausdrucks *infanti proximus* zu erklärende) Bezeichnung: „qui proxime praetextati aetatem accedet," auf einen ſolchen, der die Jahre der Impubertät ſeit kurzem zurückgelegt hat („qui puberem aetatem nuno ingressus est").

aa) l. 30. §. 1. 2. u. 4. D. de fideicommiss. libertat. (XL. 5.) l. 65. §. 3. D. ad SC. Trebell. (XXXVI. 1.) l. 70. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) u. l. 26. C. de donat. (VIII. 54.). Auf ähnliche Weiſe auch bey Varro de ling. lat. V. 7. und bey Isid. Orig. XI. 2.

bb) Vgl. Unterholzner in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch. B. 1. S. 44 — 53.

cc) Vgl. Schrader's Institutionen-Ausg. p. 515. v. *infans*.

dd) Z. B. l. 14. D. de sponsal. (XXIII. 1.) l. 1. §. 2. D. de administrat. tutor. (XXVI. 7.)

ee) l. 8. Th. C. de matern. bon. (VIII. 18.), ein Gesetz von Arcadius, Honorius und Theodosius, worin jedoch nur in Bezug auf Willenserklärungen über die Annahme der mütterlichen Erbschaft der Endpunct der infantia auf das erfüllte 7te Jahr festgesetzt wird; und l. 18. J. C. de jure deliber. (VI. 30.), ein Gesetz von Theodos. und Valentinianus: „Si *infanti*, id est, *minori septem annis* . . . . . " — Uebrigens läßt sich gegen die allgemeine Gültigkeit dieser Bestimmung für das neueste Röm. Recht allerdings noch ein Zweifelsgrund aus Theophilus III. 19. §. 9. entlehnen, da dieser zu den infantes nur die Säuglinge und die etwas größern Kinder rechnet, einen solchen aber, der im 7ten und 8ten Jahre steht, für einen proximus infantiae erklärt. Vgl. Unterholzner a. a. O. S. 49 — 51.

ff) Dieß geht besonders daraus hervor, daß die hier in Frage stehenden Personen nicht selten in unsern Quellen mit Redensarten bezeichnet werden, die sich auf die intellectuelle Ausbildung und die davon abhängige Zurechnungsfähigkeit bey unerlaubten Handlungen beziehen. So heißt es z. B. vom infanti proximus eben so, wie vom infans, bey Gaj. III. §. 109. u. im §. 10. I. de inutil. stipulat. (III. 19. od. 20.) „ . . . . . hujus aetatis pupilli *nullum intellectum habent*;" vom proximus pubertati aber bey Gaj. III. §. 208. u. im §. 18. I. de obligat. quae ex delict. nasc. (IV. 1.) „ . . . . . si proximus pubertati sit, et *ob id intelligat, se delinquere*;" desgl. in der l. 111. pr. D. de regul. jur. (L. 17.) „Pupillum, qui proximus pubertati sit, capacem esse et furandi et injuriae faciendae." Vgl. insbesondere Dirksen im Rhein. Mus., Jahrg. 1. H. 4. S. 316 — 326. — Indessen sind Viele, nach dem Vorgang der Glosse, der Meinung, daß der Zeitraum von der zurückgelegten infantia an bis zur pubertas in zwey gleiche Hälften zu theilen, und nun diejenigen, welche noch nicht die erste Hälfte dieses Zeitraumes zurückgelegt hätten, (also Knaben unter 10½ Jahren, und Mädchen unter 9½ Jahren,) zu den infanti proximi, diejenigen aber, welche in der zweiten Hälfte jenes Zeitraumes ständen, zu den pubertati proximi zu rechnen seyen; allein von einer bestimmten Halbirung desselben findet sich in unsern Quellen keine Spur, und eben so wenig möchte sich die Vermuthung von Schrader in den Anmerk. zur Institutionen-Ausg. p. 516. erweisen lassen, daß die Alten jenen Zeitraum in drey Drittheile abgetheilt hätten, so daß das erste Drittheil die infantiae proximi, das zweite die impuberes im engern Sinne, und das dritte die pubertati proximi umfaßt habe.

gg) §. 3. I. de curator. (I. 23.) l. 3. §. 1. l. 16. §. 1. l. 24. pr. l. 25. pr. D. de minor. vigintiquinque annis. (IV. 4.) l. 18. D. ex

quib. caus. majores viginti quinque annis in int. rest. (IV. 6.) l. 36. C. de transact. (II. 4.)

hh) l. 1. pr. — §. 2. l. 3. pr. — §. 8. l. 7. §. 5. l. 32. u. 44. D. de minor. (IV. 4.) l. 13. §. 2. D. de tutor. dat. (XXVI. 5.) l. 8. D. si quid in fraud. patron. (XXXVIII. 5.) l. 15. §. 6. D. ad leg. Jul. de adult. (XLVIII. 5.) l. 6. §. 1. D. de decurion. (L. 2.) l. 1. C. qui et advers. quos in int. rest. (II. 42.) Im weitern Sinne ſchließen nun dieſe Ausdrücke auch die impuberes mit in ſich, l. 7. §. 8. u. l. 34. §. 1. D. de minor. l. 45. §. 2. D. de re judic. (XLII. 1.) l. 2. 3. u. 5. C. si tutor vel curat. interven. (II. 25.) l. 1. C. in quib. caus. in integr. rest. (II. 41.), im engern und gewöhnlichen Sinne aber gehen ſie nur auf puberes, die noch nicht volljährig ſind, z. B. l. 3. pr. — §. 3. l. 7. §. 2. D. de minor. u. l. 25. §. 1. D. de probat. (XXII. 3.) l. 54. pr. D. de re judic. (XLII. 1.) Dieſe heißen auch *adolescentes*, z. B. l. 1. §. 3. u. l. 32. D. de minor. §. 2. I. de curator. (I. 23.) ingl. *adulti*, z. B. §. 2. I. de satisdat. tutor. (I. 24.) §. 13. I. de excusat. tutor. (I. 25.) l. 28. §. 2. D. de appellat. (XLIX. 1.) l. 25. u. 28. C. de administr. tutor. (V. 37.), zuweilen auch *juvenes*, z. B. l. 24. §. 1. D. de appellat. l. 25. §. 1. D. de minor. (welcher Ausdruck jedoch auch in verſchiedenen andern Bedeutungen vorkommt, vgl. Brisson. v. *juvenis*,) endlich auch in Hinſicht auf das Verhältniß zu ihren Curatoren (obwohl auch dann im uneigentlichen Sinne,) *pupilli* oder *pupillae*. l. 20. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) l. 1. §. 2. l. 5. §. 15. u. l. 8. §. 1. D. de reb. eor. qui sub tutel. (XXVII. 9.) Eben ſo pflegt man im Deutſchen die Minderjährigen auch Unmündige, und die Volljährigen Mündige zu nennen; was jedoch, da es leicht zu Begriffsverwirrungen führt, nicht zu billigen iſt.

ii) Von Juſtinian wird die Zeit der Unmündigkeit auch *prima aetas*, und die Zeit der Mündigkeit bis zur Volljährigkeit *secunda aetas* genannt. l. 30. C. de episcop. audient. (I. 4.) l. 10. C. de impub. et al. substit. (VI. 26.) l. 8. §. 1. u. 3. C. de bonis, quae liber. (VI. 61.) u. Nov. 72. praef. (Der erſtere Ausdruck kommt in der nämlichen Bedeutung auch ſchon in einer Verordnung Conſtantin's vor, [ſ. Zuſatz 1.] während dagegen in der l. 68. pr. D. ad leg. Falcid. [XXXV. 2.] nicht blos für die Dauer der Unmündigkeit, ſondern überhaupt für die erſte Lebensperiode gebraucht wird.) Auf das minderjährige Alter bezieht ſich auch der Ausdruck *aetas imperfecta* in der l. 3. Th. C. de sponsal. (III. 5.) u. l. 11. J. C. de jur. et fact. ignor. (I. 18.), ſo wie auch *aetas* ſchlechthin, z. B. l. 37. §. 1. u. l. 39. pr. D. de minor., daher auch: *intra aetatem esse*, l. 39. pr. D. cit. u. l. 3. Th. C. cit. Das volljährige Alter aber heißt wegen ſeiner Beziehung auf die lex Plaetoria (vgl. Note ll) bey den alten Juriſten und den Kaiſern ſehr häufig *legitima aetas* (ſ. a. u.), vgl. Brisson. v. *legitimus* No. 2. und Burchardi von der Wiedereinſetzung in den vor. Stand, §. 13. S. 202. Note 2), obgleich bey nicht juriſtiſchen Schriftſtel-

lern, z. B. bey **Liv. XXV. 2.**, dieſer Ausdruck das, für die Magiſtraturen geſetzlich vorgeſchriebene Alter bezeichnet. (Ueber die Redensarten: *legitimus status* und **ad statum suum pervenire** ſ. §. 26. Note b). — Auf die Volljährigkeit geht auch der Ausdruck *robusta aetas* in d. l. 15. §. 6. D. ad leg. Iul. de adult. (XLVIII. 5.) ingl. *plena aetas* in d. l. 8. pr. in f. C. de bonis, quae liber. (VI. 61.) Dagegen werden die Bezeichnungen: *perfecta, justa, matura aetas* eben ſowohl von der Mündigkeit, als der Volljährigkeit gebraucht, vgl. **Brisson.** v. *aetas* No. 3. und **Dirkſen** in den Beiträgen S. 287., und das Nämliche gilt auch von dem Ausdruck: *suae aetatis.* l. 50. §. 6. D. de legat. III. (XXXII.) l. 27. pr. D. de negot. gest. (III. 5.) l. 5. §. 2. D. de auctor. tutor. (XXVI. 8.) l. 3. C. de testam. tutel. (V. 28.) — Ueber die Bedeutung von *firmata aetas* ſ. Zuſatz 1.

kk) Vgl. §. 25. Zuſatz 2., ferner **Stockmann** zu **Bach** Histor. jurispr. Rom. p. 146 not. *), **Burchardi** a. a. O. (ſ. Note ii) und **Hugo** in der Rechtsgeſch. S. 396. Note 2).

ll) Für dieſe Benennung entſcheidet, gegen die Lesart vieler Handſchriften, hauptſächlich die Tafel von **Heraclea** (ſ. die Einleit. §. 26. Nr. 6.) Z. 112. Vgl. **Hugo** l. a. W. S. 394. **Zimmern** in d. Rechtsgeſch. B. 1. §. 121. und **von Savigny**: Von dem Schutz der Minderjährigen im Röm. Recht, und insbeſondere von der lex **Plaetoria**, (Berl. 1833.) S. 6. — Daß nun durch dieſe lex die oben angegebene Grenzbeſtimmung zwiſchen der Minderjährigkeit und der Volljährigkeit eingeführt worden ſey, beruht zwar nur auf einem einzigen ausdrücklichen Zeugniſſe, nämlich d. l. 2. Th. C. de donat. (VIII. 12.) „ . . . . . **donec is . . . . *annos* Laetoriae** (l. **Plaetoriae**) ***legis*** **egressus, legitimam compleverit aetatem;**“ doch findet ſich eine Hindeutung darauf auch bey **Plautus** im **Pseudol. I. 3. v. 69.**, wo eine lex *quina vicenaria* erwähnt wird, welche ohne Zweifel die hier in Frage ſtehende iſt. (Vgl. auch **Zimmern** a. a. O. Note 6). Auch wird die geſetzliche Beſtimmung jenes Termins durch den in der Regel die Volljährigkeit bezeichnenden Ausdruck, „*legitima* aetas“ (ſ. die Note ii) beſtätigt; vgl. **Burchardi** a. a. O. und **von Savigny** a. a. O. S. 7.; obgleich dieſer letztere Grund nicht ganz entſcheidend iſt, da nach der l. 50. §. 6. D. de legat. III. (XXXII.) *legitima aetas* auch von der Pubertät, deren Termin doch im ältern Recht durch keine lex im Allgemeinen beſtimmt war, gebraucht werden kann. — Uebrigens enthielt jene lex **Plaetoria** auch noch mehrere, in einem andern Zuſammenhange zu erörternde Beſtimmungen, und iſt nicht mit einer andern, bey **Varro** de ling. lat. V. 2. und **Censorin.** de die nat. c. 24. vorkommenden lex **Plaetoria** über die Amtsthätigkeit der Prätoren zu verwechſeln.

mm) Denn in dieſes Jahr fällt nach der gewöhnlichen Annahme (vgl. **Bähr's** Geſch. d. Röm. Literatur §. 39.) der Tod des **Plautus**, der jene lex kannte. (S. die vorige Note.) — Die frühern chronologiſchen Vermuthungen über dieſelbe, z. B. daß ſie im Jahre R. 490. errichtet worden ſey, (vgl. **Bach** Histor. jurispr. Rom. p. 146.) gehen von der

falſchen Vorausſetzung aus, daß ihr Urheber **Laetorius** geheißen habe.

nn) §. 13. I. de excusation. (I. 25.) l. 2. pr. D. eod. (XXVII. 1.) l. 3. u. l. 5. pr. D. de jure immunitat. (L. 6.) l. un. C. qui aetat. (V. 68.) l. 10. C. de decurion. (X. 31.) Ueber die ſcheinbar entgegenſtehende l. 3. C. qui aetat. vel profess. (X. 49.), ſo wie über die senectus überhaupt ſ. **Thibaut** im Archiv f. d. Civil. Prax. B. 8. S. 74 — 90. — Vom Decurionate befreyet jedoch ſchon das vollendete 55ſte Jahr, l. 2. §. 8. u. l. 11. D. de decurion. (L. 2.), und ehedem gewährte auch das 60ſte Jahr Befreyung von manchen Pflichten in öffentlichen Verhältniſſen. **Seneca** de brevit. vitae c. 4. u. 20. **Festus** v. *sexagenarios*.

oo) l. 6. D. de fide instrument. (XXII. 4.) l. 8. D. de testib. (XXII. 5.) l. 3. §. 7. D. de SC. Silan. (XXIX. 5.) l. 2. D. de term. mot. (XLVII. 21.)

pp) l. 69. §. 1. D. de legat. III. (XXXII.) l. 8. §. 10. D. de transact. (II. 15.) l. 15. D. de fideicommiss. libertat. (XL. 5.) l. 122. pr. D. de legat. I. (XXX.) — Nach der Claſſeneintheilung von **Serv. Tull.** galten für seniores die, welche über 46. Jahre alt waren; vom 17ten bis zum 46ſten Jahre gehörte man in die Kategorie der juniores. **Gell.** X. 28. — Andere Beſtimmungen der verſchiedenen Altersſtufen und der darauf bezüglichen Benennungen finden ſich bey **Censorin.** de die nat. c. 14. und bey **Isid.** Orig. XI. 2.

Zuſatz 1. Ein Minderjähriger kann einen Volljährigen dadurch im Weſentlichen gleichgeſtellt werden, daß er vom Regenten die *venia aetatis* (a. u., Jahrgebung oder Großjährigkeitsverleihung) erlangt. Dazu iſt nach einer Verordnung **Conſtantin's** d. G., nämlich der l. un. Th. C. de his, qui ven. aetat. impetrar. (II. 17.) oder der l. 2. J. C. eod. (II. 45.), bey Mannsperſonen das vollendete 20ſte, und bey Frauensperſonen das vollendete 18te Lebensjahr erforderlich. Auch haben die Erſtern das landesherrliche Reſcript, wodurch ſie für großjährig erklärt werden, in eigener Perſon der competenten Obrigkeit zu überreichen, und bey derſelben nicht blos ihr Alter von 20. Jahren, ſondern auch ihren bisherigen guten Lebenswandel zu erweiſen, während dagegen Frauensperſonen, welche die venia aetatis ausgewirkt haben, auch durch einen Bevollmächtigten den Beweis ihres Alters von 18. Jahren bey der Obrigkeit führen können, und von einer beſondern Nachweiſung ihres anſtändigen Lebenswandels frey ſind, wenn ſie nur überhaupt in gutem Rufe ſtehen. — Uebrigens legte **Conſtantin** in d. l. un. Th. C. cit. §. 3. dem zur Erlangung der venia aetatis geeigneten Alter den beſondern Namen *firmata aetas* bey, und unterſcheidet ſonach fünf Altersſtufen, dergeſtalt: „ut prima aetas pueritiae sit, sequens adolescentiae, firmata haec tertia, quarta legitima, quinta senectus habeatur;“ doch iſt dieſer Theil ſeiner Verordnung in den **Juſtinianiſchen** Codex nicht mit aufgenommen worden.

Zusatz 2. Wenn in einem Gesetz oder einer Willensverordnung ein gewisses Jahr des Lebensalters erfordert wird, so ist im Zweifel das vollendete gemeint, l. 49. pr. D. de legat. I. (XXX.) l. 48. D. de condit. et demonstr. (XXXV. 1.) l. 3. D. de jure immunit. (L. 6.) l. 5. C. quando dies leg. ced. (VI. 53.); doch wird bey gewissen Aemtern und Ehrenstellen, zu deren Uebernahme das 25ste Lebensjahr erforderlich ist, auch schon der Anfang dieses Jahres für hinreichend erachtet. l, 8. D. de muner. (L. 4.) u. l. 74. §. 1. D. ad SC. Trebell. (XXXVI. 1.)

§. 36.

3) Nach dem Gesundheitszustand.

Auch der Gesundheitszustand eines Menschen, sowohl in körperlicher als geistiger Hinsicht, ist nicht ohne Einfluß auf Rechtsverhältnisse. Den körperlich Gesunden (sani) sind entgegengesetzt theils die (körperlich) Kranken (morbosi), theils die Gebrechlichen (vitiosi) [a]). Nach Modestin's Definition ist *morbus*: „temporalis corporis imbecillitas;“ *vitium* aber: „perpetuum corporis impedimentum“ [b]). Ist die Krankheit von solcher Bedeutung, daß sie zur Geschäftsthätigkeit unfähig macht, so heißt sie *morbus sonticus* (s. a. u.) [c]). Zu den Kranken oder Gebrechlichen gehören unter Andern auch, jedoch nur zum Theil, die *spadones*. So heißen nämlich im Allgemeinen diejenigen, denen die Zeugungsfähigkeit gebricht, und in diesem weitern Sinne werden darunter auch die, welche durch Menschenhände jener Fähigkeit beraubt worden sind, namentlich also die castrati oder eunuchi [d]), ingleichen die thlibiae oder thlasiae (d. h. die, denen die Hoden zerdrückt sind [e]),) mit begriffen [f]). Im engern Sinne aber heißen *spadones* nur diejenigen, bey denen die Zeugungsunfähigkeit in einem natürlichen Fehler ihren Grund hat [g]), und in diesem Sinne werden sie von den Castraten unterschieden [h]), und nicht unbedingt mit zu den Kranken oder Gebrechlichen gerechnet [i]). — Was hiernächst den geistigen Gesundheitszustand betrifft, so sind den Geistesgesunden (ebenfalls sani, oder sani mente, oder sanae mentis, oder compotes mentis, s. a. u. [k])), d. h. die im ungestöhrten Vernunftgebrauch sind, entgegengesetzt theils die eigentlichen Geisteskranken, (Rasende, Wahn = oder Blödsinnige, furiosi, mente capti oder dementes [l]),) theils

andere Geistesschwache, (fatui [m]), oder auch mente capti [n]) genannt,) von denen jedoch diejenigen zu unterscheiden sind, an welchen nur Einfalt, Beschränktheit des Verstandes, Ungereimtheit, Stumpfheit, Mangel an Bildung, (simplicitas, mediocritas, ineptia, desidia, rusticitas,) u. d. gl. wahrnehmbar ist [o]). Die Geisteskranken sind nun wiederum entweder solche, welche fortwährend im Zustande der Geistesabwesenheit (continua mentis alienatio) sich befinden [p]), oder solche, welche lichte Zwischenräume (dilucida intervalla oder intervalla schlechthin, intermissio, oder induciae) haben [q]), und auf diese Letztern scheinen sich vorzugsweise die Ausdrücke *furor* und *furiosus* zu beziehen [r]). — Uebrigens wird auch ein erklärter Verschwender (prodigus, oder is, cui bonis interdictum est, oder interdicitur, [s])) d. h. ein solcher, dem wegen seiner Unmäßigkeit im Vermögensaufwande die Verfügung über seine Güter von der Obrigkeit untersagt worden ist, hinsichtlich der durch sein unvernünftiges Benehmen herbeygeführten Dispositionsunfähigkeit einem furiosus gleichgeachtet [t]). Die Einrichtung, Verschwendern die eigene Vermögensverwaltung zu entziehen, beruhte bey den Römern auf einem alten Herkommen, das durch die zwölf Tafeln bestätigt wurde [u]), und die Prodigalitätserklärung erfolgte durch die competente Obrigkeit mittelst einer solennen Formel [v]).

a) l. 6. §. 2. l. 11. u. 51. D. de aedilic. edict. (XXI. 1.) — Gellius IV. 2.

b) l. 101. §. 2. D. de verb. signif. (L. 16.) — Auf andere Art werden die Begriffe *morbus*, *aegrotatio* und *vitium* bey Cic. Tuscul. Disput. IV. 13. bestimmt. Dagegen steht mit jenen Definitionen Modestin's in vollem Einklange, was Gellius IV. 2. aus den Schriften alter Juristen über den Unterschied zwischen morbus und vitium bemerkt: „quod *vitium* perpetuum, *morbus* cum accessu decessuque sit.“ Indessen nahmen manche Juristen den Begriff *morbus* in einem weitern Sinne, so daß sie darunter auch das vitium, wie eine species unter dem genus, mit begriffen. Dieser weitere Sinn liegt der von Coelius Sabinus angeführten, und durch Gell. l. c. und die l. 1. §. 7. D. de aedilic. edict. (XXI. 1.) uns überlieferten Definition des Labeo zu Grunde: „*morbus* est habitus cujusque corporis contra naturam, qui usum ejus facit deteriorem,“ (oder, wie es in d. l. cit. D. noch umständlicher heißt: „qui usum ejus ad id facit deteriorem, cujus

causa natura nobis ejus corporis sanitatem dedit;“) und aus demſelben iſt es auch erklärbar, theils daß bisweilen zwiſchen *temporarius* und *perpetuus morbus* (a. u.) unterſchieden wird, l. 6. pr. u. l. 65. §. 1. D. eod. §. 4. I. de curator. (I. 23.) l. 5. D. de postul. (III. 1.) l. 54. pr. D. de procurator. (III. 3.), theils daß z. B. Blinde und Stumme hin und wieder zu den *morbosi* gerechnet werden, Gell. l. c. u. l. 9. u. l. 14. §. 10. D. de aedil. edict., während ſie doch nach dem oben angegebenen Unterſchied zwiſchen morbus und vitium vielmehr *vitiosi* ſind, wie denn auch ein Einäugiger (luscus) in die Kategorie der Letztern von Modeſtin in d. l. 101. §. 2. D. de verb. signif. geſtellt wird. — Ueberhaupt beſchäftigten ſich die Röm. Juriſten hauptſächlich in Bezug auf Sclaven und Thiere (und zwar auf Veranlaſſung des ädilicieſchen Edicts über den Verkauf derſelben,) ſehr ſorgfältig mit jenen Begriffsbeſtimmungen, und mit Unterſuchungen über einzelne Arten der Krankheiten oder Fehler, welche vom Verkäufer zu vertreten wären. Gell. l. c. und tit. D. de aedilic. edict. — Doch kommt auch bey andern Rechtsverhältniſſen der körperliche Geſundheitszuſtand in Betracht, z. B. Gaj. III. §. 105. Ulp. XX. §. 7. u. 13. — §. 4. I. de curator. (I. 23.) §. 6. I. de testam. ordin. (II. 10.) §. 3. u. 4. I. quib. non permitt. fac. testam. (II. 12.) §. 7. I. de inutil. stipulat. (III. 19. od. 20.) l. 1. §. 3. u. 5. l. 3. §. 3. u. l. 5. D. de postul. (III. 1.) l. 12. §. 2. D. de judic. (V. 1.) l. 8. D. de testib. (XXII. 5.) l. 6. §. 1. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.) l. 1. §. 14. u. 15. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) l. 1 — 3. C. qui morbo se excus. (X. 50.) u. ſ. w. (was von Buchholtz in den Juriſt. Abhandl. S. 373. überſehen hat.)

c) Gellius XX. 1. „ . . . . . morbum vehementiorem, vim graviter nocendi habentem, legum istarum (scil. XII. tabul.) scriptores . . . . . *morbum sonticum* appellant.“ l. 113. D. de verb. signif. „*Morbus sonticus* est, qui cuique rei nocet.“ l. 60. D. de re judic. (XLII. 1.) „ . . . . . *morbus sonticus* . . . . . existimandus est, qui cujusque rei agendae impedimento est.“ Vgl. auch Festus v. *sonticum morbum*, l. 2. §. 3. D. si quis caution. (II. 11.) und l. 4. §. 5. u. l. 65. §. 1. D. de aedil. edict. — Als eine beſondere Art der Krankheit wird auch in unſern Quellen, namentlich l. 53. D. eod. u. l. 1. §. 1. D. de auctor. tutor. (XXVI. 8.). *comitialis morbus* (a. u.) erwähnt, worunter die Epilepſie zu verſtehen iſt. Vgl. *Brisson.* v. *comitialem.*

d) Vgl. Brisson. v. *eunuchus.*

e) Theophil. I. 11. §. 9.

f) l. 128. D. de verb. signif. „*Spadonum* generalis appellatio est; quo nomine tam hi, qui natura spadones sunt, item thlibiae, thlasiae, sed et si quod aliud genus spadonum est, continentur.“ l. 4. §. 2. u. l. 5. D. ad leg. Cornel. de sicar. (XLVIII. 8.)

g) Theophil. I. 11. §. 9. — Vgl. auch Gaj. I. §. 103. Ulp. VIII. §. 6. l. 2. §. 1. u. l. 40. §. 2. D. de adoption. (I. 7.)

b) §. 9. I. de adopt. (I. 11.) l. 39. §. 1. D. de jure dot. (XXIII. 3.) l. 6. pr. u. §. 1. D. de liber. et postum. (XXVIII. 2.) l. 14. §. 1. D. de manumiss. vind. (XL. 2.)

i) l. 6. §. 2. u. l. 7. D. de aedilic. edict. (XXI. 1.)

k) l. 31. in f. D. de evict. (XXI. 2.) l. 6. C. de curat. furios. (V. 70.) — l. 27. C. de transact. (II. 4.) — l. 4. D. de tributor. act. (XIV. 4.) l. 43. pr. D. de vulgar. et pupill. substit. (XXVIII. 6.) l. 2. §. 16. D. pro emtor. (XLI. 4.) — l. 22. §. 7. D. solut. matrim. (XXIV. 3.) l. 16. §. 1. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.) l. 2. §. 11. D. ad SC. Tertull. (XXVIII. 17.) l. 24. pr. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.)

l) Daß dieſe drey Ausdrücke, ingleichen furor und dementia, im Röm. Rechte oft (obwohl nicht immer, ſ. Note n u. r),) gleichbedeutend genommen werden, geht aus vielen Stellen hervor, insbeſondere die Gleichheit der Bedeutung von furiosus und mente captus aus l. 2. C. de curator. furios. (V. 70.), die von furiosus und demens (oder furor und dementia) aus l. 7. §. 1. D. eod. (XXVII. 10.) u. l. 14. D. de offic. praes. (I. 18.), und die von mente captus und demens aus Festus und Paul. Diac. v. *mente captus* und l. 25. C. de nupt. (V. 4.) — Vgl. auch von Savigny in der §. 35. Note ll) angeſ. Abhandl. S. 21. u. 22. — Uebrigens wird der furor oft auch als morbus bezeichnet, z. B. l. 14. D. cit. l. 22. §. 7. D. solut. matrim. (XXIV. 3.) l. 6. u. 7. pr. C. de curator. furios., und der entgegengeſetzte Zuſtand als sanitas. l. 6. C. cit. l. 1. pr. D. eod. l. 22. §. 7. D. cit.

m) l. 2. D. de postul. (III. 1.) l. 21. D. de reb. auctor. jud. possid. (XLII. 5.)

n) z. B. §. 4. I. de curator. (I. 23.) l. 45. §. 2. D. de excusat. (XXVII. 1.) l. 17. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.) l. 20. D. de injust. rupt. test. (XXVIII. 3.)

o) Dergleichen Perſonen genießen indeſſen manche Begünſtigungen im Rechte. l. 25. §. 1. D. de probat. (XXII. 3.) l. 3. §. 18. D. de suspect. tutor. (XXVI. 10.) l. 6. §. 19. D. de excusat. (XXVII. 1.) Vgl. auch §. 22. Note k).

p) l. 14. D. de offic. praes. (I. 18.) l. 12. §. 2. D. de judic. (V. 1.) l. 9. C. de impub. et al. substit. (VI. 26.) l. 7. pr. C. de curat. fur. (V. 70.)

q) l. 6. C. eod. l. 14. D. cit. l. 22. §. 7. D. solut. matrim. (XXIV. 3.) l. 2. C. de contrah. emt. (IV. 38.) l. 9. C. qui testam. fac. poss. (VI. 22.)

r) Paul. III. 4. a. §. 5. — §. 1. I. quib. non permitt. fac. testam. (II. 12.) l. 12. pr. D. de excusat. (XXVII. 1.) l. 20. §. 4. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.) und die in der vorigen Note citirten Stellen. — Dieſe engere Bedeutung von furor und furiosus iſt wohl überall anzunehmen, wo dieſe Ausdrücke von dementia und demens un-

terſchieden werden, z. B. l. 27. §. 5. D. de recept. (IV. 8.) l. 2. D. de inoff. test. (V. 2.) l. 8. §. 1. D. de tutor. dat. (XXVI. 5.) l. 6. D. de curat. fur. (XXVII. 10.) l. 17. §. 11. D. de injur. (XLVII. 10.) l. 28. C. de episcop. aud. (I. 4.) l. 25. C. de nupt. (V. 4.) l. 28. §. 1. C. de administr. tutor. (V. 37.) Manche verſtehen indeſſen unter furor den Wahnſinn mit heftigen Ausbrüchen, unter dementia aber die ſtille Form des Wahnſinns. Vgl. die von Glück Erläut. d. Pand. Th. 2. S. 130. Note 72) angef. Schriftſteller, und von Savigny a. a. O. (ſ. Note l) S. 22.

s) §. 3. I. de curator. (I. 23.) l. 1. pr. l. 13. l. 15. §. 1. l. 16. §. 1 — 3. D. de curat. furios. (XXVII. 10.) — l. 1. §. 1. l. 10. pr. D. eod. §. 6. I. de testam. ordin. (II. 10.) l. 9. §. 7. D. de reb. cred. (XII. 1.) l. 6. D. de verb. oblig. (XLV. 1.) l. 3. D. de novat. (XLVI. 2.) — Bisweilen werden auch beyde Ausdrücke mit einander verbunden, alſo: prodigus, cui bonis interdictum est, oder cui bonorum suorum administratio interdicta est, u. d. gl., z. B. Ulp. XII. §. 2. — §. 2. I. quib. non permitt. fac. test. (II. 12.)

t) l. 40. D. de regul. jur. (L. 17.) „Furiosi vel ejus, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est.“ l. 1. pr. D. de curat. furios. (XXVII. 10.)

u) l. 1. pr. D. cit. Ulp. XII. §. 2. Darauf geht auch wohl das, in der Bezeichnung des prodigus bisweilen vorkommende Wort „*lege*“, nämlich: cui *lege* bon. interdic. Ulp. XX. §. 13. l. 18. pr. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.) l. 5. §. 1. D. de acquir. heredit. (XXIX. 2.)

v) Paul. III. 4. a §. 7. „Moribus per Praetorem bonis interdicitur hoc modo: *Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico.*“ Die Worte „bona paterna avitaque“ beziehen ſich darauf, daß urſprünglich nur ein ſolcher Freygeborner, der ſeinen Vater ab intestato beerbt hatte, als Verſchwender unter einen Curator geſtellt wurde. Ulp. XII. §. 3.

§. 37.

4) Nach der bürgerlichen Ehre und den verſchiedenen Arten ihrer Schmälerung a).

Tit. D. de his, qui notantur infamia. (III. 2.)
Tit. C. ex quibus causis infamia irrogatur. (II. 12.)

Unter bürgerlicher Ehre verſteht man die Würde, welche jedem Staatsbürger, als ſolchem, nach den Geſetzen und Sitten ſeines Staates zukommt, und die Bedingung des vollen Genuſſes der bürgerlichen Rechte ausmacht. Im Röm. Rechte heißt ſie *existimatio* im techniſchen Sinne b), und wird

von Callistratus so definirt: „dignitatis illaesae status legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur“ [c]. Da nun also diese Ehre an das Staatsbürgerrecht geknüpft ist, so wird sie durch den Verlust desselben, also durch eine maxima oder media capitis deminutio, nothwendig vernichtet [d]. Dagegen ist eine bloße Verminderung oder Schmälerung der bürgerlichen Ehre auch mit dem Fortbestehen des Staatsbürgerrechts vereinbar, und eine solche ist mit allen Ehrenstrafen (poenae, quae existimationem contingunt, oder ad existimationem pertinent [e],) verbunden [f], ingleichen mit der infamia [g], der turpitudo und der levis nota (oder, wie man diese gewöhnlich nennt, levis notae macula [h])). — *Infamia* im technischen Sinne [i]) oder *ignominia* i. t. S. [k]) (bey den Neuern gewöhnlich infamia juris genannt,) heißt diejenige Ehrenschmälerung, welche ihren Grund hat in Handlungen oder Verhältnissen, die durch ein Gesetz oder durch das prätorische Edict als entehrend bezeichnet sind [l]). Schon in den zwölf Tafeln kam eine hierauf bezügliche Bestimmung vor, indem sie denjenigen, welcher bey einer Mancipation sich als Zeuge oder libripens hätte brauchen lassen, und dann in Bezug auf diese Handlung sein Zeugniß versagte, für ehrlos und unfähig zu einem neuen Zeugnisse (improbus intestabilisque) erklärten [m]); und vielleicht läßt sich auch die durch dasselbe Gesetz eingeführte Anklage eines pflichtvergessenen Vormundes (suspecti crimen) in so fern, als er wegen eines sich zu Schulden gebrachten dolus infam wird [n]), hierher rechnen. Ferner bedrohte die lex Plaetoria (s. §. 35.) jede betrügerische Uebervortheilung eines Minderjährigen mit einer öffentlichen Anklage [o]), in deren Folge der Verurtheilte ehrlos wurde [p]). Auch in der sog. tabula Heracleensis [q]) findet sich eine lange Reihefolge von Personen, welche wegen Unwürdigkeit von der Theilnahme am Senat in Municipien, Colonien oder andern Gemeinden Röm. Bürger ausgeschlossen seyn sollen; und ähnliche, zum Theil auch andere Nachtheile wurden, als Folgen gewisser Verurtheilungen oder entehrender Handlungen, durch mehrere Volksschlüsse [r]) und Senatusconsulte [s]) bestimmt. Eben so hat auch das prätorische Edict, und zwar (so weit es uns in den Digesten aufbewahrt ist,) zunächst, um die Fähigkeit, für Andere vor Gericht

aufzutreten (postulare), dadurch zu beschränken [t]), ein zahlreiches (großentheils mit jenem Verzeichnisse in der tab. Heracleens. übereinstimmendes) Verzeichniß von Gründen der infamia aufgestellt [u]), zu denen aber auch nachher noch andere durch kaiserliche Constitutionen hinzukamen [v]). In dergleichen Fällen folgt nun entweder die Infamie unmittelbar auf die entehrende Thatsache selbst (sog. infamia juris immediata) [x]), oder sie tritt erst in Folge einer richterlichen Verurtheilung ein (sog. infamia juris mediata) [y]). — *Turpitudo* (oder *vitae turpitudo* [z])) bezeichnet überhaupt die Unwürdigkeit oder Schändlichkeit der Handlungs- oder Lebensweise[aa]). Dadurch wird zwar zunächst nur der moralische Ruf befleckt[bb]), mittelbar aber auch die bürgerliche Ehre geschmälert, insofern gewisse, durch deren Integrität bedingte Rechte in Folge eines schlechten Lebenswandels oder auch einzelner unsittlicher Handlungen verloren gehen oder beschränkt werden[cc]). Die dießfallsige Ehrenschmälerung, welche gewissermaaßen an die Stelle der alten animadversio censoria[dd]) getreten ist, wird in unsern Quellen mit verschiedenen Namen bezeichnet, die jedoch nicht als eigentliche Kunstausdrücke zu betrachten sind, als: turpitudo in diesem Sinne[ee]), oder notae turpitudinis oder turpitudinis macula [ff]), facti ignominia[gg]), nota et infamia vitae[hh]) oder infamiae nota in diesem Sinne [ii]), gravata opinio[kk]), opinionis labes [ll]) u. d. gl. Bey den Neuern heißt sie gewöhnlich infamia facti. — Unter der *levis nota*[mm]) scheint jede, von der infamia und turpitudo verschiedene, minder erhebliche Ehrenschmälerung verstanden werden zu müssen, sie mag nun ihren Grund haben in geringer und verächtlicher Herkunft[nn]), oder in niederm Stande[oo]), oder in übel berüchtigten und unanständigen Gewerben[pp]). — Diejenigen Personen nun, deren bürgerliche Ehre geschmälert ist, werden nach der Verschiedenheit der Art und des Grades ihrer Ehrenmakel mit verschiedenen Namen bezeichnet. Die mit der infamia Behafteten heißen infames, famosi, ignominiosi, infamia oder ignominia notati, auch notati schlechthin[qq]); eine durch turpitudo befleckte Person wird nicht blos turpis persona im eigentlichen oder engern Sinne[rr]) genannt, sondern auch persona vulgaris vel minus honesta, vilis persona oder persona vilis abjectaque, auch vilis schlechthin oder vilior oder vilissimus, notatus et reprehen-

sibilis u. d. gl. (im Gegenſatz einer persona honesta, homo vitae emendatioris, honestae et inculpatae vitae, vitae probatae, fidei exploratae u. d. gl.)[ss]), und auf ſolche, denen eine levis nota anklebt, beziehen ſich die Ausdrücke: humiles, humiliores, humiliore loco positi, humilioris fortunae, tenuiores, plebeji, humiles abjectaeque personae u. d. gl. (im Gegenſatz der honesti, honestiores, honestiore loco nati oder positi, nobiliores natalibus, in aliqua dignitate oder aliquo honore positi, altiores u. d. gl.) [tt]). Alle jene Perſonen zuſammen aber werden unter der gemeinſchaftlichen Bezeichnung: *turpes personae* (im weitern Sinne) begriffen[uu]), im Gegenſatz der integrae personae, oder integrae famae oder integrae dignitatis homines[vv]). — Was übrigens die mit der Ehrenſchmälerung verbundenen, nach der Art und dem Grade derſelben verſchiedenen Wirkungen anlangt, ſo beſtehen ſie hauptſächlich in dem Verluſt oder der Schmälerung der politiſchen Rechte eines Bürgers[xx]), daneben aber auch in manchen (bey den betreffenden Lehren anzugebenden) privatrechtlichen Nachtheilen oder Beſchränkungen[yy]).

a) Aus der neuern Literatur gehören hauptſächlich folgende Abhandlungen hierher: **Burchardi de infamia ex disciplina Romanor. Kil. 1819. — van Geuns de infamia legib. Roman. constituta. Traj. ad Rh. 1823.** — Marezoll über die bürgerl. Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweiſe Schmälerung. Gieſſ. 1824. — **Molitor de minuta existimatione. Lovan. 1824.**

b) **Cic. pro Rosc. Com. c. 6. und pro Cluent. c. 43. — l. 2. §. 2. in f. l. 13. §. 7. D. h. t. l. 4. pr. u. §. 1. D. de suspect. tutor. (XXVI. 10.) l. 7. pr. D. de injur. (XLVII. 10.) l. 103. D. de verb. signif. (L. 16.) l. 8. 18. u. 21. C. h. t.** — Im weitern Sinne aber bezeichnet existimatio den guten Namen oder Ruf überhaupt, l. 48. pr. D. mandat. (XVII. 1.) l. 3. §. 1. D. de testib. (XXII. 5.) l. 17. §. 2. D. de testam. tut. (XXVI. 2.) l. 12. §. 2. D. de administr. tut. (XXVI. 7.) l. 15. D. de condit. institut. (XXVIII. 7.), wie denn auch die darauf bezüglichen Ausdrücke *pudor* und *fama* (oder famae existimatio bisweilen für die bürgerliche Ehre gebraucht werden. l. 25. u. l. 39. §. 7. D. de procurator. (III. 3.) l. 4. §. 2. D. de suspect. tut. (XXVI. 10.) l. 15. C. h. t. l. 3. C. de requir. reis. (IX. 40.) — Uebrigens kommt existimatio auch in unſern Quellen nicht ſelten in der vulgären Bedeutung für Meinung vor. Vgl. **Brisson. v. *existimatio* pr.**

c) l. 5. §. 1. D. de extraord. cognit. (L. 13.)

d) l. 5. §. 3. D. eod. „*Consumitur* vero (scil. existimatio), quoties *magna capitis minutio* intervenit, id est, quum *libertas* adimitur, veluti quum aqua et igni interdicitur, quae in persona deportatorum venit, vel quum plebejus in opus metalli vel in metallum datur; . . . . .“ Ueber die Bedeutung von libertas in dieser Stelle s. §. 27. Note h) und von magna cap. dem. §. 32. Note h). Doch sind die Ansichten über diese Stelle verschieden. Vgl. Walter über Ehre und Injurien (im neuen Archiv d. Crim. R. B. 4. Nr. 5. u. 12.) S. 133. u. f., und Marezoll a. a. O. S. 22. u. 23. — Mit Unrecht beschränkt Burchardi in den Grundzügen d. Rechtssyst. d. Röm. S. 269. u. 270. den gänzlichen Verlust der existimatio blos auf den Fall einer *maxima* cap. dem.

e) l. 5. pr. u. l. 28. §. 1. D. de poen. (XLVIII. 19.) „Ceterae poenae ad existimationem . . . . . pertinent, veluti relegatio ad tempus, vel in perpetuum, vel in insulam; vel quum in opus quis publicum datur, vel quum fustium ictui subjicitur.“

f) l. 5. §. 2. D. de extraord. cognit. „*Minuitur* existimatio, quoties manente libertate *circa statum dignitatis poena plectimur*, sicuti quum relegatur quis, vel quum ordine movetur, vel quum prohibetur honoribus publicis fungi, vel quum plebejus fustibus caeditur, vel in opus publicum datur, ...“ (s. die folgende Note.) — Vgl. jedoch l. 22. D. h. t. und l. 1. u. 14. C. h. t.

g) l. 5. §. 2. D. cit. „ . . . . . vel quum in eam causam quis incidit, quae Edicto perpetuo *infamiae causa* enumeratur.“ S. Note u).

h) Die Veranlassung dazu liegt in folgenden Worten der l. 27. C. de inoffic. testam. (III. 28.) „ . . . . . si scripti heredes *infamiae* vel *turpitudinis* vel *levis notae macula* adspergantur.“ Hiernach müßte man aber consequenter Weise eben so wohl von einer *infamiae* und *turpitudinis macula*, als von einer levis notae macula sprechen; doch ist das Letztere eben so wenig, als das Erstere, nothwendig, da in der l. 3. Th. C. eod. (II. 19.) [welches Gesetz Constantin's nebst der von demselben Kaiser herrührenden, l. 1. Th. C. eod. die Grundlage der freylich anders gestalteten l. 27. J. C. cit. bildet,] *levis nota* schlechthin (und ohne den Zusatz macula) vorkommt. Uebrigens findet sich dieser Ausdruck sonst nirgends in unsern Quellen wieder. — Aber auch die Ausdrücke *infamia* und *turpitudo* haben nicht überall, wo sie in unsern juristischen Quellen vorkommen, eine eigentlich technische Bedeutung, und sind auch nicht so scharf von einander geschieden, daß nicht bisweilen der eine in das Gebiet des andern hinüberstreifen sollte. So wird z. B. in d. l. 2. pr. D. de obsequ. (XXXVII. 15.) *infamiae nota* von einem solchen Fall gebraucht, wo die eigentliche (juristisch bestimmte) infamia nicht Statt findet. Ferner wird in d. l. 1. §. 6. D. de postul. (III. 1.) zu den im §. 5. ej. leg. erwähnten personae (in) *turpitudine* notabiles auch der calumniae publico judicio dam-

natus gerechnet, obgleich derſelbe in d. l. 1. D. h. t. unter denjenigen, welche nach dem prätoriſchen Edict *infamia* notantur, aufgezählt wird.

i) In dieſem Sinne iſt *infamia* z. B. in den Ueberſchriften der hierher gehörigen Titel und in vielen einzelnen Stellen derſelben genommen. Im weitern, nicht techniſchen Sinne, bezeichnet dieß Wort jede Art der Beſchimpfung oder Ehrenverletzung, z. B. bey Gaj. III. §. 220. — §. 1. I. de injur. (IV. 4.) l. 1. §. 2. l. 5. §. 9. l. 15. §. 5. u. 27. D. eod. (XLVII. 10.) l. 79. §. 1. D. de jure dot. (XXIII. 3.)

k) Z. B. Gaj. II. §. 154. und IV. §. 60. u. 182. — §. 2. I. de poena tem. litig. (IV. 16.) l. 11. §. 4. u. l. 20. D. h. t. l. 36. D. de oblig. et act. (XLIV. 7.) l. 5. D. de decur. (L. 2.) l. 5. C. h. t. — Im weitern Sinne bezeichnet auch dieſes Wort jede Art der Beſchimpfung oder Schmach, z. B. l. 1. init. l. 2. §. 2. u. 4. D. h. t. l. 1. §. 1. D. de liberal. caus. (XL. 12.), und im ältern Rechte wurde es vorzugsweiſe für den, durch die animadversio censoria Jemandem zugefügten Schimpf (censoria ignominia) gebraucht, z. B. bey Cic. pro Cluent. c. 42. u. 43.

l) Gleichbedeutend mit infamia oder ignominia wird bisweilen auch *nota* gebraucht, vgl. Brisson v. *nota* No. 3., und einmal, nämlich Vatic. Fr. §. 324., auch *famositas*. — In kaiſerlichen Conſtitutionen kommt die infamia häufig mit gewiſſen Prädicaten oder unter mancherley Umſchreibungen vor, z. B. *nota infamiae*, l. 2. C. de legib. (I. 14.), *infamiae macula* (a. u.) l. 20. C. h. t. l. 1. C. de natural. lib. (V. 27.), *ignominiae macula*, l. 13. C. h. t., *existimationis macula*, l. 17. C. h. t. l. 8. C. de re milit. (XII. 36.), *existimationis infamia*, l. 13. C. h. t., *infamiae vitia*, l. 3. Th. C. de inoffic. testam. (II. 19.), *infamiae detrimentum*, l. 7. C. h. t., damnum infamiae, l. 6. C. h. t., *damnum* oder *detrimentum existimationis*, l. un. C. si contra matr. volunt. (V. 47.) l. 3. C. de calumniator. (IX. 46.), *damnum famae* (a. u.) l. 1. C. de modo mult. (I. 54.) l. 2. C. ut intra cert. temp. (IX. 44.) l. 8. C. h. t., *labes pudoris*, l. 15. C. h. t. l. 17. C. de excusat. tut. (V. 62.) — In d. l. 7. C. qui bon. ced. poss. (VII. 71.) ſcheint Juſtinian *injuria* gleichbedeutend mit infamia zu nehmen.

m) Gellius XV. 13. „ . . . . . Item ex iisdem (scil. XII.) tabulis id quoque est: *Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto.*“ — Porphyr. ad Horat. Sat. II. 3. v. 181. „Antiqui eos, quos in testimonium dimitti nolebant, *intestabiles* vocabant.“ Späterhin erhielt dieß Wort eine weitere (im Erbrecht zu erörternde) Bedeutung. Vgl. Dirkſen über die zwölf Tafeln, S. 607 — 612., Marezoll a. a. O. S. 85 — 94., Zimmern's Rechtsgeſch. B. 1. S. 460. und Schrader's Inſtitut. Ausg. p. 292. v. *quem l. jub.*

n) Cic. de offic. III. 15. — pr. u. §. 6. I. de suspect. tutor. (I. 26.) und l. 1. §. 2. D. eod. (XXVI. 10.) Vgl. auch Dirkſen i. a. W. S. 599 — 604.

o) Cic. l. c. „ . . . . . Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, *circumscriptio adolescentium lege Plaetoria.*“ — Id. de natur. deor. III. 30. „ . . . . . inde judicium publicum rei privatae lege *Plaetoria.*“

p) Dieß ergiebt ſich aus der Tafel von Heraclea, Z. 111. 112. — Vgl. von Savigny von dem Schutz der Minderjährigen ꝛc. S. 7 — 10.

q) Im 8ten Abſchnitt, Z. 108 — 125.

r) Vgl. Zimmern's Rechtsgeſch. B. 1. S. 462.

s) Z. B. durch die, deren in d. l. 1. §. 6. D. de postul. (III. 1.), in d. l. 18. §. 1. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.) u. l. 5. §. 10. D. de injur. (XLVII. 10.) [verbunden mit §. 6. I. de testam. ordin. (II. 10.)] ferner in d. l. 1. pr. D. ad leg. Iul. de vi priv. (XLVIII. 7.) Erwähnung geſchieht, desgl. durch das Turpillianum SC. (v. J. R. 814.) l. 6. §. 3. D. de decurion. (L. 2.) — In der Folge galt im Allgemeinen die Regel, daß jede Verurtheilung in einem jndicium publicum den Verurtheilten infamire. l. 7. D. de public. judic. (XLVIII. 1.)

t) l. 1. §. 1. 7. u. 8. D. de postul. (III. 1.) Daraus erklärt ſich auch theils der Umſtand, daß in der hierher gehörigen Stelle des prätoriſchen Edicts lediglich von Mannsperſonen, welche von der infamia betroffen werden ſollen, die Rede iſt, (weil nämlich Frauensperſonen, zufolge eines andern, durch die Unverſchämtheit einer gewiſſen Carfania veranlaßten Edicts, ohnehin für Andere vor Gericht nicht auftreten konnten, l. 1. §. 5. D. eod., theils die Stellung der, von der infamia handelnden, Titel in den Digeſten und im Codex, nämlich des erſtern zwiſchen den Titeln de postulando und de procurator., und des letztern nach mehrern auf die advocati bezüglichen Titeln und vor dem de procurator.

u) l. 1. D. h. t. „Julianus libro I. ad Edictum. — Praetoris verba dicunt: *Infamia notatur, qui ab exercitu ignominiae causa ab Imperatore, eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit; qui artis ludicrae pronuntiandive causa in scenam prodierit; qui lenocinium fecerit; qui in judicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse judicatus erit; qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo et fraude, suo nomine damnatus pactusve erit; qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine, non contrario judicio damnatus erit; qui eam, quae in potestate ejus esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit, eamve sciens quis uxorem duxerit, non jussu ejus, in cujus potestate est; et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit; quive suo nomine, non jussu ejus, in cujus potestate esset, ejusve nomine, quem quamve in potestate haberet, bina sponsalia binasve nuptias (in) eodem tempore constitutas habuerit.*“ — Uebrigens gab es außer dieſem, auf die Zulaſſung zum

Poſtuliren bezüglichen Edicte, deſſen Entſtehung wohl erſt in das Auguſtiſche Zeitalter fällt, (vgl. l. 1. §. 8 — 10. D. de postul. [III. 1.] und Zimmern's Rechtsgeſch. B. 1. S. 465. u. 466.) auch noch ein anderes, dem Inhalte nach ähnliches Edict über die Beſtellung von Cognitoren (cognitorium edictum), Vatic. Frag. §. 320. 322. u. 323., wovon uns aber in den Digeſten Nichts aufbewahrt worden iſt.

v) Z. B. l. 20. C. h. t. l. 1. C. de natural. lib. (V. 27.) l. 41. C. de transact. (II. 4.) l. 5. §. 1. C. ad leg. Iul. majest. (IX. 8.) l. 2. C. de legib. (I. 14.) l. 35. C. de locat. et cond. (IV. 65.) Nov. 22. c. 40.

x) Z. B. wenn eine Ehebrecherin auf der That ertappt worden iſt, l. 43. §. 12. in f. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) oder wenn Jemand Kuppeley (lenocinium) getrieben hat, oder bey einem öffentlichen Schauſpiel um Lohn aufgetreten iſt. l. 1. l. 2. §. 5. l. 4. §. 2. D. h. t. — Auf dergleichen Fälle beziehen ſich im prätoriſchen Edict die Ausdrücke: notatur, qui — *fecerit, prodierit* u. d. gl. S. Note u).

y) l. 4. §. 4. D. h. t. l. 5. 12. u. 14. C. h. t. — Fälle dieſer Art werden im prätoriſchen Edict ſo ausgedrückt: notatur, qui — *judicatus* oder *damnatus erit.*

z) l. 2. C. de dignitat. (XII. 1.)

aa) Vatic. Fr. §. 324. l. 2. D. de senator. (I. 9.) l. 1. §. 5. D. de postul. (III. 1.) l. 9. §. 3. D. de recept. (IV. 8.) — Auch für einzelne ſchändliche Handlungen oder Verhältniſſe wird turpitudo gebraucht, z. B. l. 38. D. de jurejur. (XII. 2.) l. 1. pr. l. 3. u. l. 4. §. 1. u. 2. D. de condict. ob turp. caus. (XII. 5.) l. 22. §. 6. D. mandat. (XVII. 1.) l. 1. §. 10. D. ad. SC. Turpill. (XLVIII. 16.)

bb) Darauf gehen z. B. folgende Aeußerungen unſerer Quellen: „pudor potius oneratur, quam ignominia videtur irrogari.“ l. 20. D. h. t. — „Ea .... infames quidem ... jure non faciunt, sed apud bonos et graves opinionem ejus .... onerant.“ l. 13. C. h. t. — „.... ex hujusmodi sententia gravatam potius opinionem .... quam infamia afflictam esse .....“ l. 25. C. ad leg. Jul. de adult. (IX. 9.)

cc) Vgl. die in den Noten z) und aa) angef. Stellen, und l. 11. §. 1. D. de dolo mal. (IV. 3.) l. 3. pr. D. de testib. (XXII. 5.) l. 12. §. 1. D. de sponsal. (XXIII. 1.) l. 22. §. 6. D. solut. matrim. (XXIV. 3.) l. 17. §. 1. D. de testam. tut. (XXVI. 2.) l. 41. §. 1. D. de testam. mil. (XXIX. 1.) l. 8. u. 9. D. de accusat. (XLVIII. 2.) l. 1. u. 3. Th. C. de inoffic. testam. (II. 19.) l. 27. J. C. eod. (III. 28.) Nov. 90. praef. u. c. 1. — Vgl. auch Marezoll a. a. O. S. 270 — 279.

dd) Ueber dieſe ſ. Marezoll a. a. O. S. 94 — 99.

ee) l. 43. §. 4. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) l. 38. pr. D. de oper. libert. (XXXVIII. 1.) — Doch kommt turpitudo auch für eine

Schmach anderer Art vor, z. B. bey Gaj. I. §. 15. u. 16. — l. 79. §. 1. D. de jure dot. (XXIII. 3.) Nov. Th. C. 84. §. 2.

ff) l. 1. Th. C. de inoffic. testam. (II. 19.) u. l. 27. J. C. eod. (III. 28.)

gg) l. 39. in f. D. de furt. (XLVII. 2.)

hh) l. 3. §. 5. in f. D. de testib. (XXII. 5.)

ii) l. 2. pr. D. de obsequ. parent. praest. (XXXVII. 15.)

kk) l. 25. C. ad. leg. Iul. de adult. (IX. 9.)

ll) l. 9. C. de advocat. divers. judicior. (II. 7.)

mm) Dieſer Ausdruck kann freylich, da er nur in einem einzigen Geſetz von Conſtantin vorkommt (ſ. die Note h), nicht füglich als ein Kunſtausdruck betrachtet werden. Daß indeſſen damit noch eine andere Art der Ehrenſchmälerung, als die infamia und turpitudo, bezeichnet werden ſoll, geht aus dem Zuſammenhang jenes Geſetzes hervor. — Anderer Meinung iſt jedoch Zimmern in der Rechtsgeſch. B. 1. §. 129. geg. d. Ende. — Vgl. übrigens Heineccius de levis notae macula. Hal. 1720. u. in deſſen Opusc. No. VII., Marezoll a. a. O. S. 103 — 105. u. S. 253 — 256. und Mühlenbruch's Lehrb. d. Pandekten-Rechts, Th. 1. §. 190. Nr. III.

nn) Dieß iſt namentlich der Fall bey Freygelaſſenen und (wenn auch in geringerm Umfange,) bey ihren Kindern, Liv. IX. 46. Sueton. in Claud. c. 24. Ulp. XIII. §. 1. l. 44. pr. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) l. 5. §. 1. D. de natal. restit. (XL. 11.) l. 1. §. 1. D. de liberal. caus. (XL. 12.) l. 3. Th. C. de inoffic. testam. (II. 19.) l. 3. Th. C. de libert. et eor. liber. (IV. 10. ed. Wenck.) l. 1. J. C. de natural. lib. (V. 27.) Nov. Th. C. 84. §. 1 — 3. u. l. 7. J. C. de incest. nupt. (V. 5.), ferner bey Kindern von Schauſpielern, von Budenkrämern (tabernarii), von Kupplern und von ſolchen, die ſich zu Thiergefechten verdungen haben (arenarii). Ulp. l. c. l. 44. pr. D. cit. l. 1. C. cit. Nov. Th. C. 84. cit. u. l. 7. C. cit. — Dagegen ſind unehelich Geborne, obſchon ſie bey Bewerbungen um Ehrenſtellen in Colliſionsfällen den ehelich Gebornen nachſtehen, doch den mit einer levis nota Behafteten nicht beyzuzählen. l. 3. §. 2. u. l. 6. pr. D. de decurion. (L. 2.)

oo) Dahin ſind zwar in der Regel alle *plebeji* im ſpätern Sinne, d. h. die nicht zum Stand der Decurionen gehörten, wenigſtens in Anſehung der öffentlichen Verhältniſſe zu rechnen, l. 3. pr. D. de testibus (XXII. 5.) l. 9. §. 11. 14. u. 15. und l. 10. §. 2. D. de poen. (XLVIII. 19.) l. 2. §. 2. 3. u. 6. und l. 7. §. 2. D. de decurion. (L. 2.); doch ſcheinen nur die Aermſten und Niedrigſten unter ihnen, die auch vorzugsweiſe plebeji heißen, mit einer beſondern Ehrenmakel behaftet geweſen zu ſeyn. l. 12. D. eod. l. 5. Th. C. de bon. proscript. (IX. 42.) „ . . . . . si per *egestatem* abjecti sunt in *faecem vilitatemque plebejam*, ... " l. 12. J. C. de dignitat. (XII. 1.) „ . . . . inter *pessimos quosque et plebejos* habeantur, ... " — Vgl. übrigens von Savigny's Geſch. d. Röm. Rechts im Mittelalt. B. 1. S. 44. u. 83. fgg.

pp) In dieſe Kategorie gehört z. B. das Gewerbe der caupones und stabularii, l. 4. §. 2. D. h. t. l. 1. §. 1. u. l. 3. §. 1. D. nautae, caup. stabul. (IV. 9.) l. 43. §. 9. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) ferner nach d. l. 6. C. de dignitat. (XII. 1.) das der ultimi negotiatores, (d. h. Krämer der geringſten Art,) der stationarii, (worunter wahrſcheinlich gewiſſe Policeyſoldaten zu verſtehen ſind,) u. d. gl. — Vgl. Marezoll a. a. O. S. 285. fgg.

qq) l. 2. §. 5. u. l. 6. §. 1. 5. 6. u. 7. D. h. t. l. un. C. de infam. (X. 57.) — Gaj. IV. §. 182. §. 2. I. de poen. tem. litig. (IV. 16.) l. 4. pr. D. h. t. l. 7. pr. D. de recept. (IV. 8.) — l. 2. pr. l. 6. §. 3. l. 13. §. 4. D. h. t. l. 43. §. 12. u. 13. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) l. 5. C. h. t. — In einem weitern Sinne nimmt Ulpian XVI. §. 2. (im Vergleich mit XIII. §. 1. u. 2.) den Ausdruck famosa uxor, nämlich überhaupt für eine übel berüchtigte Frau; wie in einer ähnlichen Bedeutung auch infamis in d. l. 31. §. 21. D. de aedil. edict. (XXI. 1.) vorkommt. — Ueber andere Bedeutungen von famosus vgl. Brisson. unter dieſem Worte, und Marezoll a. a. O. S. 233. Note 2).

rr) l. 22. §. 6. D. solut. matrim. (XXIV. 3.) l. 17. §. 1. D. de testam. tut. (XXVI. 2.) — In d. l. 3. pr. D. si a parente quis manum. (XXXVII. 12.) wird ausdrücklich als ein Beyſpiel einer *turpis persona* die *meretrix* angeführt, und auch in mehrern andern Stellen iſt in Bezug auf ſie von einem turpiter facere oder vivere, von turpitudo und turpissima vita die Rede. l. 4. §. 3. D. de condict. ob turp. caus. (XII. 5.) l. 41. pr. und l. 43. §. 4. u. 5. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) l. 38. pr. D. de oper. libert. (XXXVIII. 1.) Sonach läßt ſich nicht füglich bezweifeln, daß die meretrix nach der Anſicht des Röm. Rechts in die Claſſe der turpes personae im engern Sinne, nicht aber in die der infames, gehöre. Das Letztere folgert man gewöhnlich aus d. l. 24. D. h. t., welche aber vielmehr vom moraliſchen Ruf, als von der bürgerlichen Ehre (die im Sclavenzuſtande noch gar nicht vorhanden iſt,) verſtanden werden muß. Auch Männer, qui corpore quaestum faciunt, werden bey Paul. II. 26. §. 4. ausdrücklich von den infames unterſchieden, obſchon ſie in der tab. Heracl. lin. 122. u. 123. in der Reihe der wegen Unwürdigkeit von der Theilnahme am Senat einer Italiſchen Stadt ausgeſchloſſenen Perſonen vorkommen.

ss) l. 11. §. 1. D. de dolo mal. (IV. 3.) l. 3. pr. D. de testib. (XXII. 5.) l. 22. §. 6. D. solut. matrim. (XXIV. 3.) l. 5. §. 1. D. de legit. tut. (XXVI. 4.) l. 3. §. 4. D. de liber. exhib. (XLIII. 30.) l. 17. §. 13. D. de injur. (XLVII. 10.) l. 12. D. de decur. (L. 2.) l. 2. C. ut intra cert. temp. (IX. 44.)

tt) Paul. V. 19. §. 1., 20. §. 2., 21. §. 2., 22. §. 2., 23. §. 1., 25. §. 1. — §. 4. I. de public. jud. (IV. 18.) l. 11. §. 1. D. de dolo mal. (IV. 3.) l. 3. §. 16. D. de suspect. tut. (XXVI. 10.) l. 12. §. 1. D. de incend. (XLVII. 9.) l. 11. D. de sepulc. viol. (XLVII.

12.) l. 1. §. 3. D. de abig. (XLVII. 14.) l. 1. §. 2. D. de effractor. (XLVII. 18.) l. 3. §. 2. D. stellionat. (XLVII. 20.) l. 38. §. 8. D. ad. leg. Iul. de adult. (XLVIII. 5.) l. 1. §. 5. u. l. 3. §. 5. D. ad leg. Cornel. de sicar. (XLVIII. 8.) l. 28. §. 2. u. 11. und l. 38. §. 3. D. de poen. (XLVIII. 19.) l. 3. C. de commerc. IV. 63.) — l. 1. C. de natural. lib. (V. 27.) Nov. Th. C. 84. §. 1 — 3. l. 7. C. de incest. nupt. (V. 5.) — Uebrigens beſchränkt ſich der Ausdruck *humiles abjectaeque personae*, nach dem in den drey letzten Stellen gegebenen Verzeichniſſe von dergleichen Perſonen, nicht blos auf ſolche, denen wegen verächtlicher Herkunft oder Lebensart eine levis nota anklebt, ſondern umfaßt auch einige Perſonen, die rückſichtlich der bürgerlichen Ehre in eine andere Kategorie gehören, namentlich Sclavinnen und deren Töchter, (die doch gar keine bürgerliche Ehre haben,) und Schauſpielerinnen (scenicae, die doch mit der infamia behaftet ſind. l. 2. §. 5. D. h. t.)

uu) §. 1. I. de inoffic. testam. (II. 18.) vergl. mit l. 27. C. eod. (III. 28.)

vv) l. 4. D. de popular. act. (XLVII. 23.) l. 28. §. 16. D. de poen. (XLVIII. 19.) l. un. C. de infam. (X. 57.) l. 3. C. de re milit. (XII. 36.)

xx) Cic. pro Cluent. c. 42. tab. Heracl. c. 8. l. 2. D. de senator. (I. 9.) l. 2. D. de offic. assess. (I. 22.) l. 1. §. 5 — 8. D. de postul. (III. 1.) verbunden mit Paul. I. 2. §. 1. und Vatic. Fr. §. 324. (S. jedoch §. ult. I. de except. [IV. 13.]) l. 3. §. 5. D. de testib. (XXII. 5.) l. 40. D. de injur. (XLVII. 10.) l. 4. D. de popul. act. (XLVII. 23.) l. 4. u. 8. D. de accusat. (XLVIII. 2.) l. 1. pr. D. ad. leg. Iul. de vi priv. (XLVIII. 7.) l. 6. §. 1. D. de lege Iul. repetund. (XLVIII. 11.) l. 28. §. 2. u. 16. D. de poen. (XLVIII. 19.) l. 4. §. 6. u. 7. D. de re milit. (XLIX. 16.) verb. mit Theophil. IV. 13. §. ult. l. 6. §. 3. l. 7. §. 2. u. l. 13. §. 1. D. de decur. (L. 2.) l. 4. §. 1. D. de legat. (L. 7.) l. 11. C. de quaest. (XI. 41.) l. 8. C. de decurion. (X. 31.) l. 2. 6. u. 12. C. de dignitat. (XII. 1.) — Modificationen enthalten: l. 2. init. D. de offic. assess. l. 13. D. de testib. l. 7. pr. D. ad. leg. Iul. majest. (XLVIII. 4.) l. 7. §. 22. D. de interdict. et releg. (XLVIII. 22.) l. 12. D. de decurion. l. 7. pr. D. de muner. (L. 4.) l. 3. Th. C. de libert. et eor. fil. (IV. 10.) l. 9. J. C. de dignitat. — Vgl. übrigens Marezoll a. a. O. S. 205 — 227.

yy) z. B. Ulp. XIII. §. 1. u. 2. l. 44. pr. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) l. 1. C. de natural. lib. (V. 27.) l. 7. C. de incest. nupt. (V. 5.) (S. jedoch Nov. 117. c. 6.) — l. 11. §. 1. D. de dolo mal. (IV. 3.) l. 14. l. 15. pr. u. l. 18. D. de testib. (XXII. 5.) l. 17. §. 1. D. de test. tut. (XXVI. 2.) §. 6. I. de testam. ordin. (II. 10.) l. 18. §. 1. l. 20. §. 5. u. l. 26. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.) l. 41. §. 1. D. de testam. mil. (XXIX. 1.) l. 27. C. de inoff.

testam. (III. 28.) u. ſ. w. — Vgl. Marezoll a. a. O. S. 227. fgg. S. 276 — 279. S. 284. 288. u. 289.

§. 38.

5) Nach Stand und Gewerbe.

So wie durch niedern Stand und verächtliche Gewerbe, wegen der damit verbundenen Ehrenſchmälerung, in manchen Beziehungen eine Verminderung der bürgerlichen Rechte bewirkt wird (vgl. §. 37.), ſo kann auch umgekehrt in den Standesverhältniſſen und der Lebensbeſchäftigung ein Grund zu beſondern Vorrechten liegen. — Die Vorrechte des Beamtenſtandes gehören meiſt dem öffentlichen Rechte an; doch giebt es unter ihnen auch einige, die eine privatrechtliche Beziehung haben [a]). Viele, großentheils auch in privatrechtlicher Hinſicht wichtige Vorrechte wurden nach und nach, und zwar ſchon ſeit Julius Cäſar's Zeit, den Soldaten (milites [b])) beygelegt [c]); doch ſind Manche dieſer Privilegien im neuern Röm. Rechte nur auf die Zeit des Feldzugs (expeditio) beſchränkt [d]). Es kommen indeſſen die Vorrechte des Militairſtandes weder den Recruten (lecti tirones) zu [e]), noch auch den im Dienſte der militairiſchen Befehlshaber ſtehenden Perſonen [f]), wohl aber den Matroſen auf der Flotte [g]); und auch verabſchiedete Soldaten, vorausgeſetzt, daß ihr Abſchied ein ehrenvoller oder unverſchuldeter (honesta vel causaria missio, im Gegenſatz der ignominiosa missio,) war, genießen noch manche Privilegien [h]). Die nicht zum Militairſtande Gehörigen heißen pagani [i]) oder privati [k]). Ferner iſt im neuern Röm. Recht auch der geiſtliche Stand in mancher Hinſicht bevorzugt [l]), wie denn auch ſchon im ältern Rechte mit einigen prieſterlichen Würden gewiſſe privatrechtliche Vorzüge verbunden waren [m]). — Aus Rückſicht auf die Lebensbeſchäftigung oder das Gewerbe aber genießen manche Vorrechte: Lehrer der freyen Künſte und Wiſſenſchaften (praeceptores [oder magistri] studiorum liberalium oder liberalium artium professores, oder professores ſchlechthin,) und Aerzte [n]), ferner Advocaten [o]), Banquieurs oder Wechsler (argentarii, argentariae mensae exercitores, mensularii, numularii, trapezitae, argenti distractores [p]),) Getreydehändler (frumenta-

rii negotiatores) [q]), ſolche, welche Schiffe zum Handel, und beſonders zum Getreydehandel, fertigen [r]), und mehrere Andere, deren Gewerbe um des allgemeinen Beſtens willen beſondere Begünſtigung zu erfordern ſchien [s]).

aa) Z. B. Vatic. Fr. §. 146. l. 17. §. 5. D. de excusat. (XXVII. 1.) §. 3. I. eod. (I. 25.) — l. ult. C. de consul. (XII. 3.) Nov. 81. praef. u. c. 1. — l. 17. C. de dignitat. (XII. 1.) — Uebrigens enthalten manche beſondere Rechte der Senatoren und hohen Staatsbeamten (illustres) auch zugleich Beſchränkungen derſelben, z. B. Ulp. XIII. §. 1. l. 44. pr. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) Nov. 117. c. 4. — l. 25. C. de procurator. (II. 13.) Nov. 71. c. 1. — l. 26. §. 1. C. de usur. (IV. 32.)

bb) Ueber verſchiedene Ableitungen dieſes Wortes ſ. l. 1. §. 1. D. de testam. milit. (XXIX. 1.)

c) l. 1. pr. D. eod. — Ulp. XX. §. 10. pr. I. quib. non permitt. fac. test. (II. 12.) — l. 9. §. 1. D. de jur. et fact. ignor. (XXII. 6.) (vgl. §. 22. Note i) — l. 3. §. 1. D. de muner. (L. 4.) Vatic. Fr. §. 145. §. 14. I. de excusat. (I. 25.) l. 8. C. de legat. (VI. 37.) — l. 6. pr. u. l. 18. D. de re judic. (XLII. 1.) — l. 1. 3. 6. u. 8. C. de restitut. mil. (II. 51.) — l. 29. C. de pact. (II. 3.) u. ſ. w. Vgl. überhaupt tit. D. de re militar. (XLIX. 16.) und den gleichlautenden Titel des Cod. (XII. 36.) Aber auch manchen privatrechtlichen Beſchränkungen ſind die Soldaten unterworfen, z. B. l. 9. pr. D. eod. l. 31. u. 35. C. de locat. et cond. (IV. 65.)

d) l. 8. C. de restitut. mil. (II. 51.) l. 1. in f. l. 15. u. 17. C. de testam. mil. (VI. 21.)

e) l. 42. D. eod. (XXIX. 1.)

f) l. 16. C. eod.

g) l. un. §. 1. D. de bon. possess. ex testam. mil. (XXXVII. 13.)

h) l. 26. D. de testam. mil. (XXIX. 1.) pr. I. quib. non permitt. fac. test. (II. 12.) — Vatic. Fr. §. 140. l. 7. D. de vacat. muner. (L. 5.) Vgl. überhaupt tit. D. de veteran. (XLIX. 19.) und den gleichlautenden Titel des Cod. (XII. 47.) — Ueber die verſchiedenen Arten der missio ſ. l. 2. §. 2. D. de his, qui notant. infam. (III. 2.) und über die auf Abſchiede der Soldaten bezüglichen Urkunden ſ. die Einleit. §. 27. Note l).

i) l. 1. §. 2. D. de fugitiv. (XI. 4.) l. 38. in f. D. de testam. mil. (XXIX. 1.) l. 96. D. ad leg. Falcid. (XXXV. 2.) l. 52. D. de manumiss. testam. (XL. 4.) — Wohl zu geſucht iſt die Erklärung dieſes Ausdruckes bey Heinecc. Antiq. Rom. p. 442. §. XVII.

k) l. 66. §. 1. D. de eviction. (XXI. 2.) l. 3. §. 1. D. de muner.

(L. 4.) l. 7. pr. C. ad SC. Maced. (IV. 38.) l. 1. §. 1. C. de commun. serv. manum. (VII. 7.) l. 5. pr. C. ad leg. Iul. majest. (IX. 8.)

l) Vgl. z. B. l. 29. C. de pact. (II. 3.) Nov. 81. c. 3. und überhaupt tit. C. de episcop. et cleric. (I. 3.) u. Nov. 123. — Auf der andern Seite ſind aber auch die Geiſtlichen manchen privatrechtlichen Beſchränkungen unterworfen, z. B. Nov. 123. c. 6.

m) Tacit. Annal. IV. 16. Gellius I. 12. Gaj. I. §. 130. u. III. §. 114. in f. Ulp. X. §. 5. — Vatic. Fr. §. 148. — Auch in Anſehung öffentlicher Bürgerpflichten gewährten prieſterliche Würden fortdauernde Befreyung. l. 13. pr. D. de vacat. muner. (L. 5.)

n) Vatic. Fr. §. 149. §. 15. I. de excusat. (I. 25.) l. 6. §. 1. 5. u. 8. D. eod. (XXVII. 1.) l. 8. §. 4. l. 9. pr. u. l. 10. §. 2. D. de vacat. muner. (L. 5.) — l. 1. pr. u. §. 1. D. de extraord. cognit. (L. 13.) — l. 37. pr. u. §. 1. C. de inoffic. testam. (III. 28.) — Ueber die juris civilis professores insbeſondere ſ. l. 1. §. 5. D. de extraord. cognit. — Vatic. Fr. §. 150. u. l. 6. §. 12. D. de excusat., und überhaupt tit. C. de professor. et medic. (X. 52.) Vgl. auch Gaupp de professor. et medicis eorumque privileg. in jure Rom. Vratisl. 1827.

o) l. 1. §. 11. D. de extraord. cognit. „*Advocatos* accipere debemus omnes omnino, qui causis agendis quoquo studio operantur; . . . . . " l. 6. C. de advocat. divers. judicior. (II. 7.) l. 1. C. quib. muner. excus. (X. 55.) — l. 37. pr. u. §. 1. C. de inoffic. testam. (III. 28.)

p) Zwiſchen dieſen mehrern Benennungen, die ſich z. B. in d. l. 4. pr. u. §. 1. u. l. 9. §. 1. u. 2. D. de edendo. (II. 13.) l. 47. §. 1. D. de pact. (II. 14.) l. 7. §. 2. D. deposit. (XVI. 3.) l. 24. §. 2. D. de reb. auctor. jud. possid. (XLII. 5.) l. 39. D. de solution. (XLVI. 3.) l. 12. §. 3. C. de cohortal. (XII. 58.) l. 2. §. 2. C. de constit. pec. (IV. 18.) finden, oder wenigſtens Einigen derſelben, haben Manche einen Unterſchied angenommen; dagegen erklärt ſich v. Almendingen in Grolman's Magaz. für die Philoſoph. u. Geſch. d. Rechts, B. 1. S. 320 — 322. Note n); dafür iſt aber wiederum Kraut de argentar. et numular. (Gotting. 1826.) p. 3. sqq. — Von den Geſchäften und Rechtsverhältniſſen der Argentarien handelt der Erſtere a. a. O. S. 319 — 336., der Letztere in der angef. Abhandl. cap. 3 — 13. Vgl. auch Glück's Erläut. d. Pandect. Th. 12. S. 125 — 127.

q) l. 9. §. 1. D. de vacat. muner. (L. 5.) l. 5. §. 3. D. de jure immunitat. (L. 6.)

r) Sueton. in Claud. c. 18. in f. u. c. 19. Ulp. III. §. 6. l. 3. D. de vacat. muner. (L. 5.)

s) Vatic. Fr. §. 233. 235 — 237. l. 17. §. 2. u. l. 26. D. de excusat. (XXVII. 1.) l. 5. §. 12. u. l. 6. D. de jure immunitat. (L. 6.) l. 1. C. de excusat. artific. (X. 64.)

§. 39.

6) Nach der Verwandtschaft [a]). — AA) Begriff und Arten derselben.

Paulus IV. 11. de gradibus.
Tit. I. de gradibus cognationis. (III. 6.)
Tit. D. de gradibus et affinibus et nominibus eorum. (XXXVIII. 10.)

Verwandtschaft oder Blutsfreundschaft (*cognatio* [b])) bezeichnet im eigentlichen Sinne die durch Erzeugung oder Einheit des Bluts zwischen mehrern Personen begründete Verbindung. Hiernach sind also Verwandte (cognati [c])) eigentlich nur solche, welche entweder Einer durch den Andern, oder Beyde von einem gemeinschaftlichen Dritten hervorgebracht worden sind [d]). Indessen werden in manchen Verhältnissen Personen, obschon sie nicht durch die Geburt zusammengehören, doch juristisch wie Verwandte angesehen. Dadurch erweitert sich der Begriff der Verwandtschaft dahin, daß er das durch Zeugung oder ein derselben gleichgeachtetes Ereigniß begründete Verhältniß mehrerer Personen zu einander bedeutet. Im Röm. Rechte wird nun eine dreyfache Art der cognatio unterschieden, theils eine blos natürliche oder leibliche (naturalis per se), theils eine blos juristische oder bürgerliche (civilis per se, auch legitima genannt), theils eine gemischte, d. h. natürliche und juristische zugleich (quae utroque jure concurrente, et naturali et civili, copulatur) [e]). Die blos natürliche Verwandtschaft ist diejenige, welche auf Zeugung außer der Ehe, oder wenigstens außer einer Römisch-gültigen Ehe beruht [f]); die blos juristische aber die, welche ohne Zeugung durch eine bürgerliche Rechtshandlung begründet wird, nämlich entweder durch adoptio [g]), und zwar zwischen dem Adoptivkinde auf der einen, und dem Adoptivvater und dessen Agnaten auf der andern Seite [h]), oder im ältern Rechte auch durch in manum conventio, und zwar zwischen der Frau, welche in die manus kam, auf der einen, und ihrem Ehemanne und dessen Agnaten auf der andern Seite [i]). Die gemischte Verwandtschaft endlich ist diejenige, welche auf Zeugung oder Geburt in rechtmäßiger Ehe (justae nuptiae), oder auch auf eine Handlung, wodurch die außer einer rechtmäßigen Ehe Gebornen den in selbiger Erzeugten

gleichgestellt werden, (causae probatio, sog. legitimatio und postliminium,) sich gründet [k]); denn eine solche Verwandtschaft ist aus einem natürlichen und einem bürgerlichen (oder positivrechtlichen) Elemente zusammengesetzt; aus einem natürlichen, insofern sie auf wahrer Zeugung beruht, aus einem bürgerlichen, insofern sie durch das Erforderniß einer Römisch-gültigen Ehe, oder durch das Eintreten einer Rechtshandlung, wodurch die blos natürliche Verwandtschaft auch zu einer juristischen wird, bedingt ist. Statt dieser Röm. Darstellungsweise pflegen unsere Juristen die Verwandtschaft in die wahre oder natürliche und die bürgerliche oder rechtlich fingirte, und die erstere wiederum in die rechtmäßige oder eheliche (sog. legitima cognatio) und die unrechtmäßige oder uneheliche (sog. illegitima) einzutheilen. — Was insbesondere die unehelichen Kinder (im Gegensatz der justi, oder jure oder legitime quaesiti, oder legitimi liberi [l]),) anlangt, so lassen sie sich nach dem Sinn und Sprachgebrauch des Röm. Rechts auf zwey, in Ansehung ihrer Rechtsverhältnisse verschiedene, Hauptclassen zurückführen, nämlich *naturales liberi* (h. a. u.) in der hierher gehörigen Bedeutung, d. h. die im Concubinat erzeugten Kinder [m]), und *vulgo concepti* (n. a. u.), oder *vulgo quaesiti* (n. a. u.), oder *spurii*, (bey den Griechen *νόθοι* [n]),) unter welchen Benennungen alle übrigen unehlichen Kinder zu verstehen sind, wie sich schon aus Modestin's Definition ergiebt: „*Vulgo concepti* dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet; qui et *spurii* appellantur *παρὰ τὴν σποράν* (a satione)“ [o]). In diese Kategorie also gehören theils die von einer meretrix Gebornen (bey den Neuern vorzugsweise vulgo quaesiti genannt), theils die in einem stuprum Erzeugten (bey den Neuern vorzugsweise spurii), theils die aus einem adulterium [p]) (sog. adulterini), theils die aus einem incestus (oder incestum, Blutschande) Entsprossenen [q]) (sog. incestuosi), theils endlich die in irgend einer andern, der Erfordernisse einer rechtmäßigen Ehe ermangelnden Gattungsverbindung Erzeugten [r]). Doch werden die sog. incestuosi wegen der besondern Nachtheile, denen sie unterworfen sind, in kaiserlichen Constitutionen bisweilen von den übrigen unehelichen Kindern unterschieden, und als solche bezeichnet, welche ex incestis aut nefariis nuptiis [s]) oder

ex complexibus aut nefariis aut incestis aut damnatis [t]) hervorgegangen wären. Die Neuern nennen ſie ex damnato coitu nati, welchen Ausdruck ſie jedoch gewöhnlich auch auf die ſog. adulterini mit erſtrecken. — Uebrigens ſind alle uneheliche Kinder (mit Ausnahme der Sclavenkinder,) an und für ſich sui juris. Denn ihr Vater iſt entweder factiſch ungewiß, (wie bey den Hurenkindern,) oder wenn er auch gewiß iſt, ſo wird er doch in Anſehung der väterlichen Gewalt als nicht vorhanden betrachtet [u]); daher auch für dergleichen Kinder die Bezeichnung vorkommt: „quasi sine patre filii“ [v]).

a) Vgl. Klenze, die Cognaten und Affinen nach Röm. Rechte ꝛc. in der Zeitſchr. f. geſchichtl. Rechtswiſſ. B. 6. S 1 — 114.

b) l. 10. §. 1. D. h. t. „Nomen *cognationis* a graeca voce dictum videtur; *συγγενεῖς* enim illi vocant, quos nos cognatos appellamus. — Uebrigens kommt cognatio bisweilen auch für die Verwandten ſelbſt vor. l. 19. §. 1. D. de reb. dub. (XXXIV. 5.) l. 57. §. 2. D. ad SC. Trebell. (XXXVI. 1.)

c) Collatio XVI. c. 8. §. 1. „. . . . . *cognati* . . . . sunt, qui nos per patrem aut matrem contingunt.“ l. 4. §. 1. D. h. t. „*Cognati* ab eo dici putantur, quod quasi una communiterve nati, vel ab eodem orti progenitive sint.“ l. 1. §. 1. D. unde cognati (XXVIII. 8.) Sie heißen auch *necessarii*, Festus unter dieſem Wort, l. 4. C. qui petant tutor. (V. 31.), oder *necessariae personae*, l. 60. D. de pact. (II. 14.), (welche Ausdrücke jedoch nicht blos auf die Verwandten beſchränkt ſind, Fest. l. c. u. l. 1 — 3. D. in jus vocati ut eant. [II. 6.]) ingl. *necessariae conjunctaeque personae*, l. 27. C. de donat. (VIII. 54.), ferner *propinqui*, Gaj. II. §. 182. u. §. 4. I. de pupill. substit. (II. 16.) — Daß aber auch der Ausdruck *amici* für die Verwandten gebraucht werde, wie Klenze a. a. O. S. 14. glaubt, läßt ſich nicht erweiſen.

d) Vgl. Hugo im Civil. Magaz. B. 4. S. 184. u. 185.

e) l. 4. §. 2. D. h. t. „Cognationis substantia bifariam apud Romanos intelligitur; nam quaedam cognationes jure civili, quaedam naturali connectentur; nonnunquam utroque jure concurrente, et naturali et civili, copulatur cognatio. . . . . “

f) l. cit. „ . . . . . Et quidem *naturalis cognatio per se* sine civili cognatione intelligitur, quae per feminam descendit, quae vulgo liberos peperit; . . . . . “ Daß hierunter nicht blos die außereheliche Geburt, ſondern auch die in einer Römiſch-ungültigen Ehe zu verſtehen ſey, ergiebt ſich aus dem Gegenſatz des *vulgo* von *justis nuptiis*, z. B. bey Gaj. I. §. 90. u. 91. l. 5. §. 2. D. de statu hom. (I. 5.), und daß insbeſondere auch die Verwandtſchaft, welche durch Zeugung unter La-

tinen oder Peregrinen, oder mit einem solchen, ingleichen unter Sclaven, oder mit einem solchen entstanden ist, zu der blos natürlichen Verwandtschaft gehöre, folgt daraus, daß diesen Allen die Fähigkeit zu einer Römisch-gültigen Ehe fehlt, sie müßte denn den Latinen oder Peregrinen besonders verliehen worden seyn. Ulp. V. §. 3 — 5. — Ueber die servilis cognatio vgl. auch §. 10. I. h. t. (oder pr. I. de servil. cognat. [III. 7.]) l. 1. §. 2. D. unde cognati. (XXVIII. 8.) l. 10. §. 5. D. h. t. u. l. 14. §. 2. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.)

g) l. 4. §. 2. D. h. t. „ . . . . . *civilis* autem *per se*, quae etiam legitima dicitur, sine jure naturali cognatio consistit per adoptionem.“ — Auf sie bezieht sich auch der Name *agnatio*. S. l. c.

h) l. 4. §. 10. D. h. t. „ . . . . . in ea familia, ad quam per adoptionem venit, nemo est illi cognatus praeter patrem eosve, quibus agnascitur, ... “ l. 12. §. 4. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) „ . . . . . eae demum cognationes contrahuntur in adoptionibus, quae legitimae essent, id est, quae agnatorum jus haberent.“ l. 1. §. 4. D. unde cognat. (XXVIII. 8.) u. §. 2. I. de legit. agnat. success. (III. 2.) — Auf andere Verwandte des Adoptivvaters, als die Agnaten, erstreckt sich also die Adoptiv-Verwandtschaft eben so wenig, als auf die Frau des Adoptivvaters oder deren Verwandte. l. 23. D. de adopt. (I. 7.) l. 7. D. de in jus voc. (II. 4.)

i) Gaj. I. §. 111. 114. u. 115.b II. §. 139. u. 159. III. §. 14. u. 24. — Collatio XVI. c. 2. §. 3. u. 14. c. 6. §. 2. Es fand jedoch die hier in Frage stehende juristische Verwandtschaft nur bey der manus mariti, nicht aber auch bey der manus extranei Statt, Gaj. I. §. 136. in f. §. 114. 115. u. 118., und auch bey jener war das Verwandtschaftsverhältniß, in welches die Frau zu ihrem Ehemanne trat, mit der Kindschaft nur vergleichbar (filiae loco erat). Denn wäre die Frau in jeder Hinsicht oder im strengsten Sinne als Tochter ihres Ehemannes angesehen worden, so wäre das Fortbestehen der Ehe nicht möglich gewesen. Vgl. Zimmern's Rechtsgesch. B. 1. S. 828.

k) l. 4. §. 2. D. h. t. „ . . . . . *Utroque jure* consistit cognatio, quum justis nuptiis contractis copulatur.“ — Ueber die causae probatio s. Gaj. I. §. 65 — 72. Ulp. VII. §. 4. u. Collatio XVI. c. 6. §. 2.; über die sog. legitimatio §. 13. I. de nupt. (I. 10.) §. 2. I. de heredit. quae ab intest. defer. (III. 1.), und über das postliminium in der hierher gehörigen Beziehung l. 25. D. de captiv. (XLIX. 15.) — Uebrigens wird auch die aus rechtmäßiger Ehe entsprungene Verwandtschaft, als natürliche oder leibliche, im Gegensatz der blos juristischen, *naturalis cognatio* genannt, l. 7. §. 1. D. de adopt. (I. 7.) §. 1. I. de success. cognat. (III. 5.) und eben so heißen die leiblichen Verwandten überhaupt *naturales*, im Gegensatz der adoptivi. l. 1. §. 11. D. de suis et legit. hered. (XXXVIII. 16.)

l) l. 4. §. 3. D. de in jus voc. (II. 4.) l. 25. D. de captiv. (XLIX. 15.) — l. 18. D. de bon. libert. (XXXVIII. 2.) — l. 3. §. 2. D. de decurion. (L. 2.) — l. 1. 2. 4—6. C. de natural. liber. (V. 27.)

m) Paul. V. 6. §. 16. l. 38. pr. D. de reb. auctor. jud. possid.

(XLII. 5.) §. 13. I. de nupt. (I. 10.) l. 2 — 4. l. 7 — 9. u. l. 12. C. de natural. lib. (V. 27.) Die bey Isid. Or. IX. 5. vorkommende Definition der naturales: „*ingenuarum* concubinarum filii, quos sola natura genuit, non honestas conjugii," iſt zu eng; denn auch die mit einer Sclavin im Concubinat erzeugten Kinder heißen naturales, z. B. in den beyden zu Anfange dieſer Note citirten Stellen. Daß aber dieſer Ausdruck auch für uneheliche Kinder überhaupt gebraucht werde, wie Manche, z. B. Reitz zu Theophil. I. 10. §. ult., behaupten, geht aus den dafür angef. Stellen nicht mit Beſtimmtheit hervor. — Dagegen heißen, außer den Concubinenkindern, naturales liberi auch noch theils die in der Sclaverey erzeugten Kinder, l. 88. §. 12. in f. D. de legat. II. (XXXI.) l. 3. pr. D. de liberal. caus. (XL. 12.) l. 4. C. de interdict. matrim. (V. 6.), theils die leiblichen Kinder überhaupt, (alſo auch die in rechtmäßiger Ehe erzeugten,) im Gegenſatz der adoptirten. Ulp. VIII. §. 1. u. XXVIII. §. 3. — pr. I. de adopt. (I. 11.) §. 2. I. de heredit. quae ab intest. defer. (III. 1.) l. 5. u. 10. D. de senator. (I. 9.) l. 4. D. si tabul. testam. null. exstab. (XXXVIII. 6.) l. 1. §. 2. D. de suis et legit. hered. (XXXVIII. 16.) — In dieſen verſchiedenen Beziehungen kommt das Wort naturalis auch bey andern Verwandten vor. So heißt z. B. naturalis pater (a. u.) bald der leibliche Vater überhaupt, (alſo auch der rechtmäßige,) im Gegenſatz des adoptivus, l. 44. §. 4. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) l. 30. pr. D. de inoffic. test. (V. 2.) l. 1. §. 4. D. unde cognati. (XXXVIII. 8.) (vgl. auch Note k in f.), bald der blos natürliche Vater (im Gegenſatz des justus pater,) l. 3. C. ad leg. Iul. de adult. (IX. 9.), er mag es nun durch Zeugung in der Sclaverey, oder im Concubinate geworden ſeyn. §. 5. I. qui et quib. ex caus. manum. non poss. (I. 6.) l. 14. §. 2. D. de ritu nupt. u. l. 40. pr. D. de fideicommiss. libertat. (XL. 5.)

n) l. 45. C. de episcop. et cler. (I. 3.) Nov. 74. c. 6. — Paulus Diac. unter dieſem Wort: „*Nothum* Graeci natum ex uxore non legitima vocant, qui apud nos spurio patre natus dicitur."

o) l. 23. D. de statu hom. (I. 5.) — Gaj. I. §. 64. — §. 12. I. de nupt. (I. 10.) und Theophil. dazu. — Ulp. V. §. 7., über welche Stelle vgl. des Verfaſſers Diss. crit. de Ulpiani Fragm. p. 36 — 40. — Der Ausdruck *vulgo quaesitus* kommt vor z. B. l. 19. D. de statu hom. l. 4. §. 3. D. de in jus voc. (II. 4.) l. 5. §. 4. D. de agnosc. et alend. lib. (XXV. 3.) l. 18. D. de bon. libert. (XXXVIII. 2.) l. 2. D. unde cognati. (XXXVIII. 8.)

p) Ueber den Unterſchied zwiſchen adulterium und stuprum ſ. l. 101. pr. D. de verb. signif. (L. 16.) l. 6. §. 1. u. l. 34. D. ad leg. Iul. de adult. (XLVIII. 5.)

q) Gaj. I. §. 64. Ulp. V. §. 7. l. 6. pr. D. de decurion. (L. 2.) l. 2. Th. C. de incest. nupt. (III. 12.)

r) pr. u. §. 12. I. de nupt. (I. 10.) „Si adversus ea, quae diximus, aliqui coierint, ... ii, qui ex eo coitu nascuntur, ...

tales sunt, ... quales sunt ii, quos mater vulgo concepit . . . . . " l. 11. D. de statu hom. (I. 5.) l. 25. D. de captiv. (XLIX. 15.) l. 6. C. de suis et legit. lib. (VI. 55.)

s) Z. B. l. 45. C. de episcop. et cler. (I. 3.) — Vgl. auch l. 7. C. de natural. lib. (V. 27.)

t) Nov. 89. c. 15. pr. (nach der ſog. versio vulgata.) — Vgl. auch Nov. 12. c. 1. u. Nov. 74. c. 6.

u) Gaj. I. §. 64. „ . . . . . quales sunt ii, quos mater vulgo concepit; nam et hi patrem habere non intelliguntur, *cum pater incertus sit*; unde solent *spurii* filii appellari, ... " §. 12. I. de nupt. (I. 10.) und Theoph. dazu. — Ulp. IV. §. 2. „Qui matre quidem (certa), *patre* autem *incerto* nati sunt, *spurii* appellantur." §. 4. I. de success. cognat. (III. 5.) „ . . . . hi autem (scil. vulgo quaesiti) *nullum patrem habere* intelliguntur." l. 3. C. solut. matrim. (V. 18.) „ . . . . . Filii autem tui, ut ex libera nati, *incerto* tamen *patre*, *spurii* ingenui intelliguntur." — Vgl. auch l. 25. D. de captiv. XLIX. 15.)

v) Gaj I. §. 64. „ . . . . . unde solent *spurii* filii appellari, vel a graeca voce quasi *σποράδην* concepti, vel *quasi sine patre filii*." §. 12. I. de nupt. (I. 10.) und Theophil. dazu. — Nach Plutarch. Quaest. Rom. c. 103. ſoll ſogar das Wort *spurii*, als Benennung der unehelichen Kinder, aus Irrthum daher entſtanden ſeyn, weil es bey den Römern üblich geweſen wäre, die Vaterloſen (sine patre) eben ſo, wie den Vornamen Spurius, mit den beyden Buchſtaben SP. zu bezeichnen.

Erinnerung. Zur rechtlich fingirten Verwandtſchaft rechnen Manche ſchon nach dem Röm. Recht (außer den beyden oben angegebenen Arten,) auch die aus der Taufe entſpringende geiſtliche Verwandtſchaft, (im canoniſchen Rechte cognatio spiritualis genannt); allein die l. 26. in f. C. de nupt. (V. 4.), worauf man ſich deßhalb beruft, ſpricht in Bezug auf die heilige Taufe nur von einer Seelen-Vereinigung durch Gott, welche dazu geeignet ſey, eine paterna affectio des Pathen gegen das getaufte Kind zu begründen, und leitet daraus ein Eheverbot zwiſchen Beyden ab, ohne jedoch im Uebrigen jenes Verhältniß als ein verwandtſchaftliches zu behandeln.

§. 40.

BB) Linea. — Gradus.

Eine Reihe von Verwandten heißt *linea* [a]) (oder auch *ordo* [b]) oder *gradus* [c]). Sie iſt nun entweder die *recta linea* (n. a. u.) [d]) (gerade Linie), oder die *transversa linea* (n. a. u.) [e]), (auf welche auch die Ausdrücke gehen: ex transverso,

oder ex obliquo, oder a latere [f]), bey den Neuern auch linea obliqua oder collateralis genannt, Seitenlinie.) Die Erſtere enthält nur diejenigen Perſonen, welche als Erzeuger und Erzeugte im Verhältniſſe zu einander ſtehen, ſey es unmittelbar, d. h. ohne eine Zwiſchenperſon, (wie bey dem Vater und Sohne,) oder mittelbar, (wie bey dem Großvater und Enkel, u. ſ. w.) Dergleichen Perſonen heißen im Verhältniſſe zu einander parentes und liberi [g]), oder adscendentes und descendentes [h]). Es iſt daher die recta linea wiederum entweder *superior* (bey den Neuern auch adscendens genannt), oder *inferior* (ſog. descendens), je nachdem ſie von dem Erzeugten zu dem Erzeuger aufwärts (susum versum), oder vom Erzeuger zu dem Erzeugten abwärts (deorsum versum) geht [i]). Aus Rückſicht auf dieſe doppelte Art der recta linea kommt im Röm. Recht gewöhnlich die dreygliedrige Eintheilung der linea in die superior, inferior und transversa vor [k]), und demgemäß wird auch eine dreyfache Art der Verwandtſchaft, die superior, inferior und ex transverso oder a latere cognatio, unterſchieden [l]). Die transversa linea enthält nämlich diejenigen, welche zwar nicht als Erzeuger und Erzeugte im Verhältniſſe zu einander ſtehen, aber von einem gemeinſchaftlichen Dritten (Einem Stammvater oder einer Stammmutter) abſtammen. Dieſe heißen ex lateribus cognati, oder qui ex transversa linea veniunt, oder ex latere conjuncti oder venientes [m]), bey den Neuern collaterales (Seitenverwandte). Unter dem gemeinſchaftlichen Stamm (ſog. stipes communis) aber iſt allemal die nächſte Perſon zu verſtehen, von welcher die, deren Verwandtſchaft in Frage ſteht, ihre gemeinſchaftliche Herkunft ableiten, alſo z. B. bey Geſchwiſtern der Vater oder die Mutter, oder beyde Eltern zugleich, bey Kindern verſchiedener Geſchwiſter (Geſchwiſterkindern) der Großvater oder die Großmutter oder beyde Großeltern zugleich, u. ſ. w. Auf diejenigen, welche zu demſelben Stamme gehören, geht auch der Ausdruck *stirps* [n]). — Die Nähe oder Entfernung der Verwandtſchaft wird nach Graden (gradus cognationis oder gradus ſchlechthin) berechnet. *Gradus*, in der hierher gehörigen Bedeutung [o]), bezeichnet nämlich den Abſtand der Verwandten unter ſich, welcher durch die Zahl der Zeugungen beſtimmt wird [p]). Bey der Berechnung der Grade (ſog. computatio graduum) gilt im Röm. Rechte durchgängig,

alſo nicht blos in der geraden, ſondern auch in der Seitenlinie, die Regel: daß jede einzelne Zeugung, oder jede erzeugte Perſon einen Grad ausmacht. („Semper generata quaeque persona gradum adjicit“) [q]. So viel Zeugungen alſo erforderlich ſind, um eine Verwandtſchaft zwiſchen beſtimmten Perſonen zu begründen, in dem ſo vielſten Grade ſind dieſe Perſonen mit einander verwandt (* Tot sunt gradus, quot sunt generationes *); woraus ſich von ſelbſt ergiebt, daß ſie einander um ſo näher ſtehen, je weniger Zeugungen berechnet werden müſſen, um ihr Verwandtſchaftsverhältniß zu erklären [r]. Demnach ſind Vater oder Mutter und Sohn oder Tochter im erſten Grade [s], Großeltern und Enkel im zweiten, Geſchwiſter ebenfalls im zweiten [t], Oheim oder Tante und Neffe oder Nichte im dritten, Geſchwiſterkinder im vierten Grade mit einander verwandt, u. ſ. w. [u]. Uebrigens wird auch die blos juriſtiſche Verwandtſchaft auf gleiche Weiſe berechnet [v].

a) Z. B. l. 9. D. h. t. l. 5. C. de emancipat. liber. (VIII. 49.) — In ſpätern kaiſerlichen Conſtitutionen kommen die Ausdrücke *paterna* und *materna linea* für Verwandte von väterlicher und mütterlicher Seite vor, z. B. l. 10. C. de secund. nupt. (V. 9.)

b) l. 1. pr. u. §. 1. D. h. t.

c) Ulp. V. §. 6. l. 68. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) l. 10. §. 9. D. h. t.

d) Paul. IV. 11. §. 7. l. 10. §. 9. D. h. t. Auf die recta linea geht auch der in l. 9. D. h. t. vorkommende Ausdruck: directo limite.

e) Paul. IV. 11. §. 2. u. 7. l. 9. D. h. t. §. 16. I. de hereditat. quae ab intest. defer. (III. 1.) l. 21. pr. C. de inoff. testam. (III. 28.)

f) Paul. IV. 11. §. 3 — 6. pr. — §. 6. I. h. t. l. 1. pr. §. 1. u. 4 — 7. und l. 3. pr. D. h. t.

g) Paul. Diac. ex Festo: „*Parens* vulgo pater aut mater appellatur. Sed Jurisprudentes avos et proavos, avias et proavias parentum nomine appellari dicunt.“ l. 51. D. de verb. signif. (L. 16.) „Appellatione *parentis* non tantum pater, sed etiam avus et proavus, et deinceps omnes superiores continentur, sed et mater et avia et proavia.“ l. 4. §. 2. D. de in jus voc. (II. 4.) „. . . . . Quidam *parentem* usque ad tritavum appellari ajunt, superiores *majores* dici. Hoc veteres existimasse Pomponius refert, sed Cajus Cassius omnes in infinitum parentes dicit; quod et honestius est et merito obtinuit.“ — l. 10. §. 9. D. eod. „*Liberos*

autem secundum Cassium, ut in parentibus, et ultra trinepotem accipimus.“ l. 220. pr. D. de verb. signif. „*Liberorum* appellatione nepotes et pronepotesi ceterique, qui ex his descendunt, continentur; . . . . . “ Vgl. auch Brisson. v. *liberi*. — Aber auch die Ausdrücke *pater* und *filius*, welche im eigentlichen oder engern Sinne freylich nur auf den Vater und Sohn (jedoch gewöhnlich mit Inbegriff der Tochter) gehn, l. 44. pr. — §. 2. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) l. 20. D. ad leg. Iul. de adult. (XLVIII. 5.) l. 14. D. de SC. Maced. (XIV. 6.) l. 6. D. de testam. tut. (XXVI. 2.) §. 5. I. qui dari tut. test. poss. (I. 14.) l. 220. pr. D. de verb. signif., ſind nicht immer blos auf dieſe Perſonen beſchränkt. l. 201. D. eod. „Justa interpretatione recipiendum est, ut appellatione *filii*, sicuti filiamfamilias contineri saepe respondimus, ita et nepos videatur comprehendi, et *patris* nomine avus quoque demonstrari intelligatur.“ l. 84. D. eod. „*Filii* appellatione omnes liberos intelligimus.“ l. 220. §. 1 — 3. D. eod. „ . . . . . *filiorum* appellatione omnes, qui ex nobis descendunt, contineri; nec enim dulciore nomine possumus nepotes nostros, quam filii, appellare . . . . “ — Uebrigens war die Regel: „*filiorum* appellatione et *filiae* continentur,“ l. 16. pr. D. de testam. tut., unter den ältern Röm. Juriſten nicht unbeſtritten, l. 116. D. de verb. signif., und iſt auch nicht auf alle Fälle anwendbar, l. 122. D. eod., ſo wie ſie auch nicht umgekehrt von dem Wort *filia* gilt. l. 45. pr. D. de legat. II. (XXXI.) „. . . . . quod non est e contrario accipiendum, ut filiarum nomine etiam masculi contineantur; . . . . “ Vgl. auch §. 34. Note b).

b) l. 68. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) l. 3. §. 6. D. de assign. libert. (XXXVIII. 4.) l. 9. pr. u. §. 1. C. de natural. lib. (V. 27.) — Im §. 16. I. de heredit. quae ab int. def. (III. 1.) werden die Deſcendenten ſo bezeichnet: qui recto jure descendunt.

l) l. 9. und l. 10. §. 9. u. 12. D. h. t.

k) Paul. IV. 11. §. 2. l. 1. pr. D. h. t.

l) l. 1. §. 1. D. h. t. pr. I. h. t.

m) l. 10. §. 8. D. h. t. l. 21. pr. C. de inoffic. testam. (III. 28.) l. 9. pr. u. §. 1. C. de natural. lib. (V. 27.)

n) Daher die Redensart: *in stirpes* hereditas dividitur, z. B. Gaj. III. §. 8. u. 16. Ulp. XXVI. §. 2. u. XXVII. §. 4. — §. 6. u. 16. I. de heredit. quae ab intest. def. (III. 1.) oder *ex stirpibus* succedere. l. 2. C. de suis et legit lib. (VI. 55.)

o) Ueber andere, hierher nicht gehörige Bedeutungen dieſes Worts ſ. Brisson. v. *gradus*.

p) l. 10. §. 10. D. h. t. „Gradus autem dicti sunt a similitudine scalarum, locorumve proclivium, quos ita ingredimur, ut a proximo in proximum, id est, in eum, qui quasi ex eo nascitur, transcamus.“

q) §. 7. I. h. t.

r) Wie bey der Berechnung der Grade zu verfahren ſey, beſtimmt Paulus

l. 10. §. 9. D. h. t. so: „Nam quoties quaeritur, quanto (od. quoto) gradu quaeque persona sit, *ab ea incipiendum est, cujus de cognatione quaerimus.* Et si ex inferioribus aut superioribus gradibus est, recta linea susum versum vel deorsum tendentium facile invenimus gradus, si per singulos gradus proximum quemque numeramus; nam qui ei, qui mihi proximo gradu est, proximus est, secundo gradu est mihi; similiter enim accedentibus singulis cresoit numerus. Idem faciendum in transversis gradibus; sic frater secundo gradu est, quoniam patris vel matris persona, per quos conjungitur, prior numeretur.“

s) Dieß iſt der einzige Fall eines erſten Grades, weil nur hier zwey Perſonen unmittelbar mit einander verwandt ſeyn können. pr. I. h. t. u. l. 1. §. 1. D. h. t.

t) l. 1. §. 1. D. cit. „ . . . . . ex transverso sive a latere nullus est primus gradus, et ideo incipit a secundo . . . . . “ pr. in f. I. h. t.

u) Paul. IV. 11. §. 1 — 7. §. 1 — 6. I. h. t. l. 1. §. 3 — 7. l. 3. §. 1. u. 2. u. l. 10. §. 12 — 18. D. h. t. In dieſem letztern, ſehr langen Excerpt aus Paul. lib. singul. de gradibus etc. berechnet der Juriſt ſehr genau, wie viele Perſonen in jedem Verwandtſchaftsgrade ſtehen, (wobey die männlichen und die weiblichen beſonders gezählt werden,) z. B. im erſten Grade 4., im zweyten 12., im dritten 32. u. ſ. w.

v) §. 8. I. h. t. „Agnationis quoque gradus eodem modo numerantur.“

Zuſatz 1. Was die Namen der Verwandten, wovon die in der Note u) angeführten Stellen ſpecielle Verzeichniſſe enthalten, anlangt, ſo iſt in der geraden Linie (zum Theil auch in der Seitenlinie,) die Verſchiedenheit der Präpoſitionen oder vorgeſetzten Sylben bemerkenswerth, um einen entferntern Adſcendenten oder Deſcendenten (oder Seitenverwandten) zu bezeichnen. Nämlich nach dem avus oder der avia folgt weiter aufwärts *proavus* (proavia), dann *abavus*, hernach *atavus*, weiter *tritavus;* und eben ſo abwärts nach dem nepos oder der neptis: *pronepos* (proneptis), dann *abnepos*, hernach *atnepos*, weiter *trinepos*. Die noch entferntern Adſcendenten und Deſcendenten (alſo über den ſechſten Grad hinaus) haben keine beſondern Namen, ſondern Jene heißen *majores*, Dieſe aber *posteriores*. Paul. IV. 11. §. 7. „Septimo gradu qui sunt cognati, recta linea supra infraque propriis nominibus non appellantur; . . . . “ l. 10. §. 7. D. h. t. „Parentes usque ad tritavum apud Romanos proprio vocabulo nominantur, ulteriores, qui non habent speciale nomen, *majores* appellantur; item liberi usque ad trinepotem, ultra hos, *posteriores* vocantur.“ — Ueber die verſchiedenen Namen der Geſchwiſter, mit Hinſicht auf ihre Verwandtſchaft vom Vater oder von der Mutter her, ſ. §. 41. — Aber auch bey Bezeichnung des Oheims und der Tante iſt zu unterſcheiden, ob ſie von der väterlichen oder von der mütterlichen Seite ſind. Der Oheim von väterlicher Seite, alſo des Vaters Bruder, heißt *patruus*, (und

eben ſo weiter aufwärts: patruus magnus, propatruus, abpatruus,) der Oheim von mütterlicher Seite aber, alſo der Mutter Bruder, *avunculus* (und eben ſo weiter aufwärts: avunculus magnus, proavunculus, abavunculus); doch geht der griechiſche Ausdruck θεῖος auf die Oheime von beyden Seiten. §. 3. I. h. t. Die Tante von väterlicher Seite heißt *amita*, die von mütterlicher Seite aber *matertera*, (und eben ſo weiter aufwärts: amita oder matertera magna, proamita, promatertera, abamita, abmatertera;) doch geht auch hier der griechiſche Ausdruck θεία oder auch τηθίς auf die Tanten von beyden Seiten. §. 3. I. cit. Ferner iſt auch bey Bezeichnung der Neffen und Nichten zu unterſcheiden, ob ſie vom Bruder oder von der Schweſter abſtammen, alſo fratris filius oder filia, sororis filius oder filia, fratris oder sororis nepos oder neptis, u. ſ. w. — *Consobrini* (oder *consobrinae*) heißen eigentlich die Kinder zweyer Schweſtern (quasi consororini), die Kinder zweyer Brüder aber heißen eigentlich *patrueles* (fratres oder sorores patrueles), und die Kinder eines Bruders und einer Schweſter *amitini* (oder *amitinae*); doch wird der Ausdruck *consobrini* im gewöhnlichen Sprachgebrauch ſchon bey den Römern für Geſchwiſterkinder überhaupt genommen. §. 4. I. h. t. l. 1. §. 6. u. l. 10. §. 15. D. h. t. Gaj. III. §. 10. Collatio XVI. c. 2. §. 10. u. §. 1. I. de legit. agnat. success. (III. 2.) — Die Kinder von Geſchwiſterkindern (Andergeſchwiſterkinder, Nachgeſchwiſterkinder, Geſchwiſterkindeskinder) heißen *sobrini* oder *sobrinae*; und der Ausdruck *propior* (oder *propius*) *sobrino* oder *sobrina* (oder *propius sobrinis*) bezeichnet im weitern Sinne zwar überhaupt einen Verwandten von näherm Grade, als der sobrinus, vorzugsweiſe aber einen ſolchen, der nur um Einen Grad näher, als der sobrinus, alſo im fünften Grade ſteht, namentlich den Sohn oder die Tochter des Großoheims oder der Großtante, (oder, was auf daſſelbe hinauskommt, den consobrinus oder die consobrina von dem Vater oder der Mutter desjenigen, deſſen Verwandtſchaft in Frage ſteht,) ingleichen das Kind eines consobrinus oder einer consobrina. Vatic. Fr. §. 298. Paul. IV. 11. §. 5. — §. 5. I. h. t. l. 1. §. 7. l. 2. u. l. 10. §. 16. D. h. t. l. 2. C. unde legitim. (VI. 15.) Festus v. *propius*. Vgl. auch die kritiſchen und exegetiſchen Bemerkungen zur angef. Stelle der Inſtitutionen in der Ausgabe von Schrader. — Endlich der Abkömmling von Nachgeſchwiſterkindern heißt *sobrino sobrinave* (oder *sobrinaque* oder *et sobrina*) *natus* et *nata* (natave), oder *sobrino natus* kurzweg. Vatic. Fr. §. 216. u. 301. §. 5. in. f. I. de success. cognat. (III. 5.) l. 1. §. 3. D. unde cognat. (XXXVIII. 8.) l. 10. §. 18. D. h. t. „. . . . . Trebatius . . . rationem . . . nominis hanc reddit, quod *ultimi* cognationum gradus *sobrinorum* fiunt; itaque *sobrini filium* recte proximum nomen . . . . et ideo eos, qui ex sobrinis nati sunt, inter se proximum nomen appellare; hos enim nullum proprium habere nomen, quo inter se vocentur.“ — Der in dieſer Stelle bemerkte Umſtand, daß die Seitenverwandten über den Grad der sobrini (alſo den ſechſten) hinaus (eben

Digitized by Google

ſo, wie die entfernteren Aſcendenten und Deſcendenten,) keine eigenthümlichen Namen mehr haben, ſteht damit in Verbindung, daß im ältern Röm. Rechte die den Verwandten zugeſtandenen Befugniſſe oder Befreyungen von gewiſſen geſetzlichen Beſchränkungen, ſich meiſtentheils auf ſechs Verwandtſchaftsgrade (alſo in der Seitenlinie, bey gleicher Zahl der Zeugungen auf beyden Seiten, bis auf die sobrini,) bezogen; obwohl bey manchen verwandtſchaftlichen Rechten auch Abweichungen von dieſer Regel, z. B. Ausdehnungen derſelben bis auf den sobrino natus, vorkamen. Vgl. Klenze a. a. O. S. 96 — 109. und Huſchke's Studien des Röm. Rechts S. 117 — 120. — Ueber den ſiebenten Grad hinaus aber wird die Verwandtſchaft nicht leicht mehr im Röm. Rechte berückſichtigt. Paul. IV. 11. §. 8. u. l. 4. pr. D. h. t. „Non facile autem, quod ad nostrum jus attinet, quum de naturali cognatione quaeritur, *septimum* gradum quis excedit, quatenus ultra eum fere gradum rerum natura cognatorum vitam consistere non patitur.“

Zuſatz 2. Wenn von zwey Seitenverwandten der Eine unmittelbar unter dem gemeinſchaftlichen Stammvater ſteht, der Andere aber durch mehrere Zeugungen von demſelben entfernt iſt, (wie dieß z. B. bey dem Oheim oder der Tante und dem Neffen oder der Nichte, ingleichen beym Großoheim und Bruders Enkel, u. ſ. w. vorkommt,) ſo bezeichnen die Neuern ein ſolches Verwandtſchaftsverhältniß mit dem Ausdruck *respectus parentelae*, um anzudeuten, daß hier ein ähnliches Reſpects-Verhältniß, wie zwiſchen Eltern und Kindern, obwalte. Im Röm. Recht heißt es nun zwar von ſolchen Seitenverwandten, die unmittelbar unter dem gemeinſchaftlichen Stamme ſtehen, im Verhältniß zu den entferntern: **parentum loco habentur oder sunt**, §. 5. I. de nupt. (I. 10.) u. l. 39. pr. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.); doch iſt mit dieſer, oder ähnlichen Redensarten keine feſt begrenzte, techniſche Bedeutung verbunden. Denn einerſeits wird auch von wirklichen Eltern und Kindern, ingleichen von ſolchen, die durch Adoption in dieſes Verhältniß gekommen ſind, geſagt: **parentum liberorumve locum inter se obtinent, oder par. lib. loco sibi sunt, Gaj. I. §. 59. u. §. 1. I. de nupt.**, und andererſeits werden auch verſchwägerte Perſonen in der geraden Linie mit Eltern und Kindern verglichen (**parentum liberorumque loco habentur**), l. 4. §. 7. D. h. t. l. 16. D. solut. matrim. (XXIV. 3.) §. 6. u. 7. I. de nupt., ja ſogar Tutoren werden **quasi parentes proprii pupillorum** genannt. **Vatic. Fr. §. 304.** — Vgl. Dirkſen's Beiträge ꝛc. S. 248 — 258.

Zuſatz 3. Ueber die im canoniſchen Rechte vorkommende Eintheilung der Seitenlinie in die gleiche und ungleiche, und die Abweichungen dieſes Rechts vom Römiſchen in Anſehung der Gradeberechnung, deren Erörterung gewöhnlich mit in die Inſtitutionen-Vorträge gezogen wird, obwohl ſie nach einem conſequenten Plane (ſ. §. 22. der Einleit.) nicht hierher gehört, ſ. z. B. Höpfner's Inſtitutionen-Commentar §. 117. u. 118. und Glück's Erläut. d. Pand. Th. 23. S. 164. u. 177. fgg.

Digitized by Google

§. 41.

CC) Vollbürtige und halbbürtige Seitenverwandtschaft. — Einfache und mehrfache Verwandtschaft überhaupt [a]).

Wenn Geschwister von dem nämlichen Elternpaare abstammen, und also Vater und Mutter mit einander gemein haben, so heißen sie **vollbürtige** (fratres et sorores [ab] eodem patre eademque matre nati [b]), per utrumque parentem oder ex utroque parente eodem [c]), ex utroque parente [oder ex utrisque parentibus] conjuncti [d]), bey den Neuern utroque latere juncti oder bilaterales [e]), auch ausschließlich *germani* [f]) genannt); haben sie aber nur die Hälfte des Paares, von dem sie abstammen, also nur Einen ihrer Adscendenten, mit einander gemein, so heißen sie **halbbürtige** oder Halbgeschwister (fratres et sorores ex eodem tantum patre oder ex eadem matre [g]), ex uno parente conjuncti, sive per patrem solum sive per matrem [h]), bey den Neuern ex uno latere juncti oder unilaterales genannt). Sind nun die Letztern blos vom Vater her verwandt, so heißen sie (jedoch bey den Römern nicht, wie bey den Neuern, ausschließlich) *consanguinei* [i]), und wenn sie blos von der Mutter her verwandt sind, *uterini* [k]). Für consanguinei gelten auch die, welche durch adoptio (oder arrogatio), oder im ältern Recht auch durch in manum conventio, in ein geschwisterliches Verhältniß zu einander gekommen sind [l]), während dagegen uneheliche, oder aus einer unrechtmäßigen Ehe abstammende Geschwister, auch wenn sie Vater und Mutter mit einander gemein haben, dennoch, so lange sie nicht durch Legitimation oder causae probatio in das Verhältniß rechtmäßiger Kinder eingetreten sind, nur für uterini gelten, da ihr Vater juristisch nicht berücksichtigt wird [m]). Dieser Unterschied zwischen der vollbürtigen und halbbürtigen Seitenverwandtschaft erstreckt sich durch die Geschwister selbst auch auf ihre Abkömmlinge, also auf entferntere Seitenverwandte. — Ferner ist die Verwandtschaft überhaupt entweder eine **einfache**, wenn sie nur aus Einem Grunde, oder eine **mehrfache**, wenn sie aus mehreren Gründen abgeleitet werden kann [n]). Die Letztere kommt namentlich in folgenden Fällen vor: 1) Wenn Personen, die schon unter sich verwandt

ſind, mit einander Kinder zeugen; 2) Wenn zwey unter ſich verwandte Perſonen mit zwey andern ebenfalls unter ſich verwandten Perſonen Kinder zeugen [o]; 3) Wenn zwey unter ſich verwandte Perſonen mit der nämlichen Dritten Perſon Kinder zeugen; denn dieſe ſind alsdann von der einen Seite her Halbgeſchwiſter, von der andern aber entferntere Seitenverwandte von einander. 4) Wenn Perſonen, die zwar nicht unter ſich aber mit einem gemeinſchaftlichen Dritten (jedoch nicht einem gemeinſchaftlichen Deſcendenten,) verwandt ſind, mit einander Kinder zeugen, z. B. des Cajus Halbbruder durch den Vater mit deſſelben Cajus Halbſchweſter durch die Mutter; denn ihre Kinder ſind alsdann doppelte Neffen und Nichten von Cajus. 5) Wenn zu der natürlichen oder leiblichen Verwandtſchaft auch eine juriſtiſche, als eine neue Art der Verwandtſchaft, hinzukommt, z. B. wenn der mütterliche Großvater ſeinen Enkel an Sohnes Statt annimmt [p].

a) Vgl. Hugo, Ueber den Unterſchied der vollbürtigen und halbbürtigen Seiten Verwandtſchaft von der einfachen und mehrfachen Bluts Verwandtſchaft überhaupt, in Deſſen Civil. Magaz. B. 4. S. 184 — 212. u. S. 484 — 515.

b) Gaj. I. §. 61. u. §. 2. I. de nupt. (I. 10.)

c) l. 10. §. 13. D. h. t.

d) Nach der ſog. versio vulgata der Nov. 118. c. 2.

e) Dieſe Ausdrücke paſſen freylich auch auf ſolche, welche zwar von väterlicher und mütterlicher Seite her mit einander verwandt, aber doch nicht vollbürtig im eigentlichen oder natürlichen Sinne ſind, z. B. wenn zwey Brüder, die zwar dieſelbe Mutter, aber verſchiedene leibliche Väter haben, hernach von demſelben Vater arrogirt worden ſind. Vgl. Schrader in der Tübinger Krit. Zeitſchr. B. 2. S. 394. u. 395.

f) Dieſes Wort kommt bey den Römern nicht blos, wie bey den Neuern, für die vollbürtigen Geſchwiſter vor, Fronto de differ. vocab. v. *frater*: „ . . . . . *germanus* ex iisdem parentibus sit necesse est,“ ſondern auch für die halbbürtigen, und zwar theils für die Halbgeſchwiſter durch den Vater, l. 1. Th. C. de inoffic. testam. (II. 19.) vergl. mit l. 27. J. C. eod. (III. 28.) l. 14. u. l. 15. pr. §. 2. u. 3. C. de legit. hered. (VI. 58.) §. 4. I. de legit. agnat. success. (III. 2.) (vgl. auch Note i), theils für die Halbgeſchwiſter durch die Mutter. Servius ad Virg. Aen. V. v. 412. „*Germanus* . . . . . de eadem *genitrice* manans, non, ut multi dicunt, de eodem germine,“ und Isid. Or. IX. c. 6.

g) l. 10. §. 13. D. h. t.

h) Nach der versio vulg. der Nov. 118. c. 3.

i) Dieſes Wort bezeichnet nämlich im Röm. Rechte überhaupt die Geſchwiſter, ſofern ſie vom Vater her verwandt ſind und im Agnationsverhältniſſe zu einander ſtehen, ohne Rückſicht darauf, ob ſie auch dieſelbe Mutter haben, oder nicht. Collatio XVI. c. 2. §. 10. c. 3. §. 15. u. c. 6. §. 1. „. . . . *consanguinei* . . sunt frater et soror, qui in ejusdem potestate patris fuerunt, etsi ex diversis matribus nati sunt.“ Ulp. XXVI. §. 1. „. . . . . ad *consanguineos*, id est, fratres et sorores ex eodem patre; . . . .“ §. 1. I. de legit. agnat. success. (III. 2.) „. . . . . *eodem patre nati* fratres *agnati* sibi sunt, qui et *consanguinei* vocantur, *nec requiritur, an etiam eandem matrem habuerint.*“ §. 5. I. de SC. Tertull (III. 3.) Die consanguinei heißen auch germani, z. B. §. 3. in f. I. eod. l. 14. pr. u. l. 15. §. 3. C. de legit. hered. (VI. 58.), oder auch germani consanguinei, im Gegenſatz der uterini, z. B. l. 14. §. 1. u. l. 15. pr. C. eod. bisweilen auch legitimi fratres (a. u.) l. 15. §. 2. C. eod. u. l. 32. D. de legat. III. (XXXII.) — Auf die Etymologie bezieht ſich l. 1. §. 10. D. de suis et legit. hered. (XXXVIII. 16.) „*Consanguineos* autem Cassius definit eos, qui *sanguine* inter se connexi sunt,“ und Isid. IX. 6. „*Consanguinei* vocati eo, quod ex *uno sanguine*, id est, ex uno patris semine nati sunt.“ — Uebrigens bezeichnet auch *consanguinitas* zwar im eigentlichen Sinne nur das Verhältniß der vom Vater her verwandten agnatiſchen Geſchwiſter, z. B. §. 4. I. de success. cognat. (III. 5.) l. 3. 6. u. 14. pr. C. de legit. hered.; doch wird dieß Wort bisweilen im weitern Sinne für die Verwandtſchaft vom Vater her, oder die Agnation überhaupt gebraucht, z. B. l. 1. Th. C. eod. (V. 1.) l. un. J. C. de impon. lucrat. descript. (X. 35.) Vgl. auch Cujac. Observ. XV. 36.

k) Z. B. l. 1. Th. C. de inoffic. test. (II. 19.) u. l. 27. J. C. eod. (III. 28.) — Isid. IX. c. 6. „*Uterini* vocati eo, quod sint ex diversis patribus et *uno utero* editi.“

l) Collatio XVI. c. 3. §. 15. l. 1. §. 11. D. de suis et legit. hered. (XXXVIII. 16.) §. 2. I. de legit. agnat. success. (III. 2.) — Gaj. III. §. 14. in f. u. §. 24. Collatio XVI. c. 2. §. 14. in f. u. c. 6. §. 2. „Consanguineos et adoptio facit et arrogatio, causae probatio, et in manum conventio.“ Wenn nun nichtsdeſtoweniger in der l. 2. Th. C. de legit. hered. (V. 1.) vom filius consanguineus der per adoptionem quaesitus unterſchieden wird, ſo iſt dabey consanguineus nicht in der juriſtiſchen, ſondern in der urſprünglichen oder etymologiſchen Bedeutung (ſ. Note i) genommen. — Daß übrigens in der angef. Stelle der Collatio auch die causae probatio, die ſich doch auf Kinder, welche beyde Eltern mit einander gemein haben, bezieht, Ulp. VII. 4., mit unter den Begründungsarten der consanguinitas erwähnt wird, iſt aus dem (ebenfalls in der Note i) bemerkten) Umſtande zu erklären, daß der letztere Begriff auf das rechtmäßige Verhältniß der Ge-

schwister durch den Vater, oder das Agnationsverhältniß derselben geht, in welchem die, bey denen eine causae probatio nöthig war, vor deren Erfolg noch nicht standen. Gaj. II. §. 142. u. 143. u. III. §. 5. Collat. XVI. c. 2. §. 5. u. c. 3. §. 7. u. 15.

m) §. 4. I. de success. cognat. (III. 5.) l. 4. D. unde cognati. (XXXVIII. 8.) — Vgl. auch §. 39. Note u).

n) Wenn man die mehrfache Verwandtschaft duplex cognatio oder vinculum nennt, so ist dieser Ausdruck zu eng, da sie nicht blos eine doppelte, sondern auch eine dreyfache, vierfache u. s. w. seyn kann. Noch weniger zu billigen aber ist es, wenn man den Ausdruck duplex vinculum für die Vollbürtigkeit braucht, da diese doch nur eine einfache, nämlich auf der Abstammung von einem gemeinschaftlichen Elternpaare beruhende, Verwandtschaft ist. Vgl. Hugo a. a. O. S. 199. 200. u. 486 — 493.

o) Mehrere Fälle dieser Art werden in d. l. 10. §. 14. D. h. t. erwähnt, z. B. „si mulieres altera alterius filio nupserit; nam qui ex his masculi nati fuerint, *invicem* patrui sunt; quae feminae, *invicem* amitae; item masculi feminis similiter patrui, feminae illis amitae . . . . . " Doch wird verhältnißmäßig sehr selten der mehrfachen Verwandtschaft im Röm. Rechte gedacht. Vgl. Hugo a. a. O. S. 206. fgg.

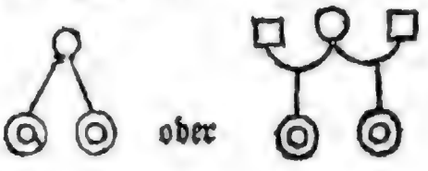
p) l. 10. pr. C. de adopt. (VIII. 48.) §. 2. I. eod. (I. 11.) — Doch sind in diese Kategorie nicht auch solche Fälle zu rechnen, wo die blos natürliche Verwandtschaft mittelst einer Rechtshandlung auch zu einer juristischen wird, namentlich durch Legitimation und causae probatio; denn dadurch entsteht nicht sowohl eine doppelte Verwandtschaft, als vielmehr eine gemischte im Sinne des Röm. Rechts. Vgl. §. 39. Note k).

Erinnerung 1. Bey uns pflegen sehr häufig die vollbürtigen Geschwister rechte oder leibliche, die halbbürtigen aber Stiefgeschwister genannt zu werden; allein dieser Sprachgebrauch ist in Ansehung der erstern beyden Ausdrücke nicht genau, in Ansehung des letztern aber eigentlich falsch. Denn unter rechten Geschwistern sind vielmehr theils die rechtmäßigen, im Gegensatz der unehelichen, theils die wirklichen, im Gegensatz der bloßen Adoptivgeschwister, zu verstehen; und leiblich mit einander verwandt sind doch gewiß auch die Halbgeschwister durch die Mutter (uterini). Stiefgeschwister aber sind, streng genommen, (nach der Analogie anderer mit Stief zusammengesetzter Wörter,) gar keine Geschwister, mithin gar nicht unter einander verwandt. Denn Stiefverwandtschaft ist der Blutsverwandtschaft entgegengesetzt, und eine Art der Affinität. (S. §. 43.) — Aus dieser Rücksicht ist es auch bedenklich, den Ausdruck Stiefgeschwister für die zusammengebrachten Kinder (privigni, bey Theophil. I. 10. §. 8. ἀλληλοπρόγονοι, bey den Neuern comprivigni genannt,) d. h. diejenigen, welche von Jedem der zu einer andern Ehe verschreitenden Gatten, in einer frühern Ehe erzeugt worden sind, (also das Kind des Mannes von einer andern Frau, und das Kind der Frau von einem andern Manne,) zu brauchen. Denn unter diesen findet eben so wenig Schwägerschaft (s. §. 43.), als Blutsverwandtschaft Statt. l. 10. §. 13. D. h. t. „. . . . . .

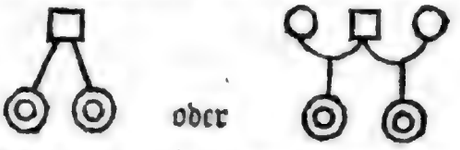
et ideo evenire solet in his, qui diversis parentibus nati sunt, ut, qui meo fratri frater sit, meus cognatus non sit; pone, me fratrem habere ex eodem tantum patre, illum habere ex eadem matre, illi inter se fratres sunt, mihi alter cognatus non est.“ — §. 8. I. de nupt. (I. 10.) l. 34. §. 2. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) l. 134. pr. D. de verb. obligat. (XLV. I.) — Vgl. übrigens Hugo a. a. O. S. 189 — 192.

Erinnerung 2. Zur anschaulichen Darstellung einzelner Verwandtschaftsverhältnisse und ganzer Sippschaftsbäume (στέμματα cognationum, l. 9. D. h. t., bey den Neuern auch schemata cognationis genannt,) hat man gewisse Zeichen angenommen. Das allgemeine Zeichen für jede Person, ohne Unterschied des Geschlechts, ist: ○ Das nämliche Zeichen ist aber auch zugleich das besondere für Mannspersonen, während auf Frauenspersonen sich folgende Zeichen beziehen: □, △, ⌓, oder ⊢. Die Personen, deren Verwandtschaft in Frage steht, werden so bezeichnet: ◎ oder ⊙. Bey einem Verstorbenen wird das Personenzeichen durchstrichen oder ein Kreuz darüber gesetzt, also: ⌀, ⌀, oder ⊕, ⊞. Will man die Abstammung der einen Person von der andern andeuten, so verbindet man sie durch einen von oben nach unten gehenden Strich: ○ oder □. Das Verhältniß der Ehegatten oder außerehelichen Concumbenten aber bezeichnet man durch eine krumme Linie: ○ □. Demnach wird das Verwandtschaftsverhältniß zwischen Eltern und Kindern so dargestellt:

Dieses Verwandtschaftsbild deutet zugleich an, daß die beyden unten stehenden Personen Geschwister von einander sind, und zwar vollbürtige. Das Verhältniß halbbürtiger Geschwister aber wird, wenn sie blos durch den Vater verwandt sind, so bezeichnet:

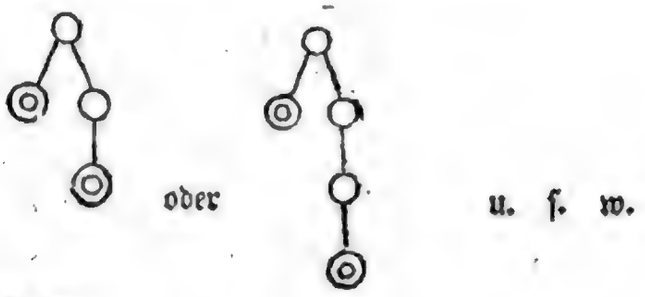


und wenn sie blos durch die Mutter verwandt sind, so:

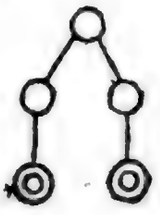


Diese Bezeichnungen sind genauer, als wenn man die Geschwister blos durch einen Querstrich verbindet: ○—○; denn hierbey sieht man nicht, ob sie vollbürtige sind, oder nur halbbürtige und von welcher Seite her.

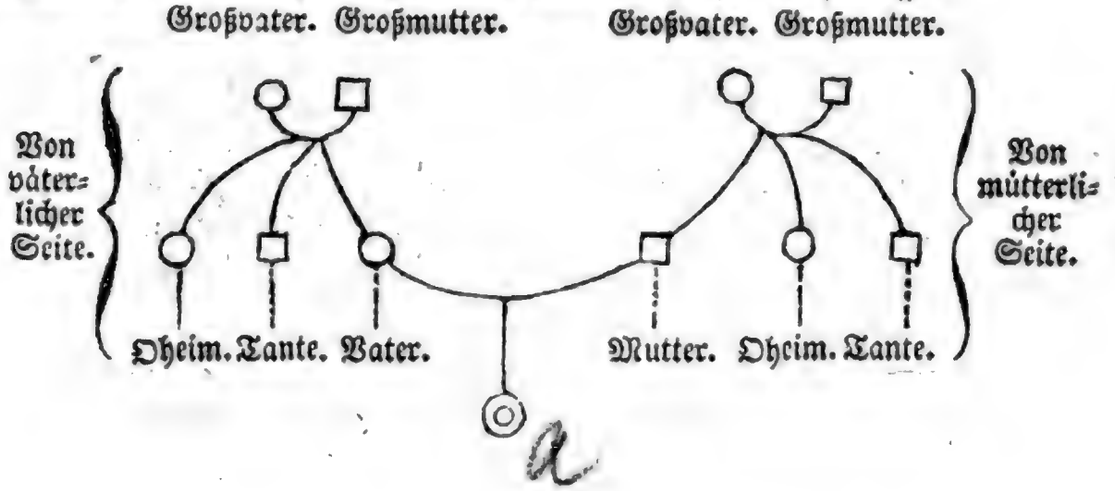
Sog. **respectus parentelae:**

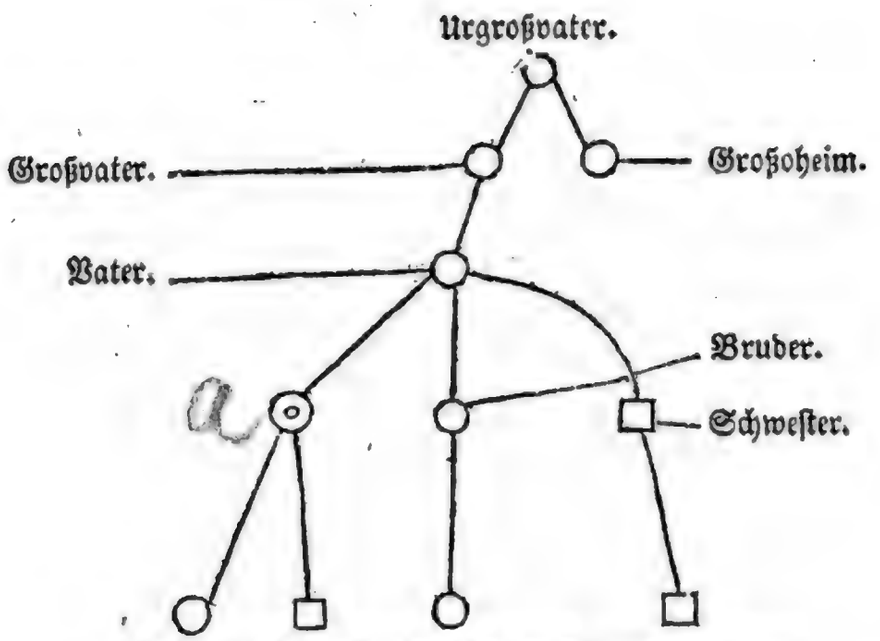


Verhältniß der Geschwisterkinder:



Mehr zusammengesetzte Beyspiele verwandtschaftlicher Verhältnisse:

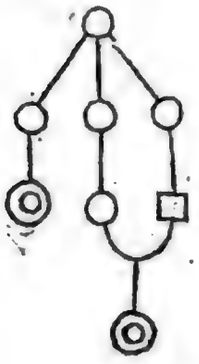




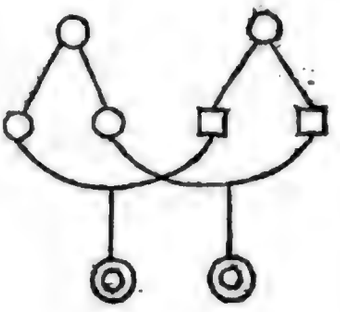
Sohn. Tochter. Bruders Sohn. Schwester Tochter.
(Neffe.) (Nichte.)

Beyspiele von doppelter Verwandtschaft, nach der Reihefolge der oben angegebenen ersten vier Fälle:

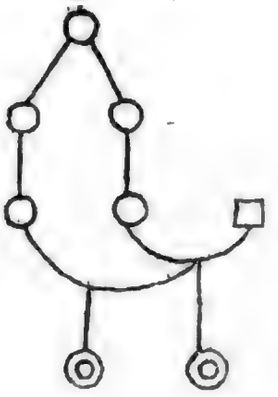
1.



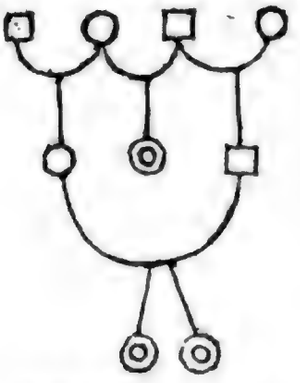
2.



3.



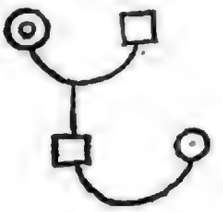
4.



Uebrigens braucht man die nämlichen Zeichen auch zur Darstellung der Affinitätsverhältnisse, und sowohl bey diesen, als bey den Verwandtschaftsverhältnissen fängt man jedesmal bey sich selbst die ezeichnung an. Will man also z. B. seinen Schwiegersohn darstellen, so setzt man zuerst sich selbst:

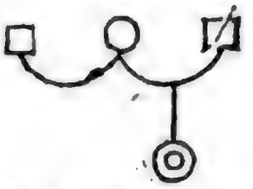
dann seine Frau und Tochter:

und hernach den Mann der Letztern:



Will man ferner seine Stiefmutter darstellen, so setzt man ebenfalls zuerst sich selbst, dann seine Eltern:

Nun wird die Mutter als todt bezeichnet, und dem Vater eine zweite Frau gegeben:

Stiefmutter. 

Vgl. übrigens Höpfner's Institutionen-Commentar §. 115. und insbesondere **Hauboldi tabula illustrandae doctrinae de computatione graduum inserviens. Lips. 1818. emend. 1824.** — Ueber die Stammtafel, welche Justinian dem hierher gehörigen Titel der Institutionen, wie §. 9. desselben bezeugt, hat einrücken lassen, s. die Erinner. 1. zum §. 42. der Einleitung. — Zwey andere aus dem Alterthum uns erhaltene Verwandtschaftstafeln sind in das Bonner **Corp. jur. Rom. Antejust. Fasc. I. p. 171. seq.** mit aufgenommen worden.

§. 42.

DD) Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten [a]).

Alle Verwandte (cognati im weitern Sinne) sind entweder *agnati*, (welcher Ausdruck schon in den zwölf Tafeln vorkam,) oder *cognati* im engern Sinne [b]). *Agnati* werden in unsern Quellen so definirt: „per virilis sexus personas cognatione juncti (s. conjuncti), quasi a patre cognati", *cognati* aber so: „qui per feminini sexus personas cognatione junguntur" [c]). Indessen lassen sich diese Begriffe genauer und vollständiger so bestimmen: Agnaten sind diejenigen, welche durch Mannsper-

sonen, die zur Familie gehören, auf gesetzmäßige Weise unter einander verwandt, und nicht durch eine capitis deminutio aus der Familie herausgetreten sind; Cognaten im engern Sinne aber diejenigen, welche entweder nur durch Frauenspersonen, oder durch nicht zur Familie gehörige Mannspersonen, oder durch Zeugung außerhalb einer Römisch = gültigen Ehe mit einander verwandt, oder nach Auflösung der bisherigen Agnation nur im natürlichen Verwandtschaftsverhältnisse geblieben sind. Es ist nämlich zum Begriff der Agnaten Viererley erforderlich: 1) Daß sie durch Mannspersonen unter einander verwandt seyen [d]). 2) Daß diese Mannspersonen zu der nämlichen Familie gehören [e]). Wer also mit dem Andern durch einen solchen verwandt ist, der nie zur Familie gehörte, z. B. als peregrinus, oder schon vor der Begründung dieser Verwandtschaft aus der Familie herausgetreten war, ist nicht Agnat, sondern nur Cognat von jenem [f]). 3) Daß jene Verwandtschaft durch Mannspersonen auf gesetzmäßige Weise begründet sey, d. h. entweder durch Erzeugung oder Geburt in rechtmäßiger Ehe [g]), (in welchem Fall die Agnaten sowohl natürlich, als juristisch unter einander verwandt sind,) oder durch eine Rechtshandlung, wodurch man in die Familie kommt, namentlich durch adoptio oder arrogatio [h]), und im ältern Recht auch durch in manum conventio um der Ehe willen [i]), (in welchen Fällen die Agnaten blos juristisch mit einander verwandt sind, dafern nicht schon vorher ein natürliches Verwandtschaftsband unter ihnen Statt fand,) oder wodurch die bisherige, blos natürliche Verwandtschaft nun auch zu einer juristischen wird, namentlich durch die causae probatio und die sog. legitimatio [k]). 4) Daß der bisherige Agnat nicht durch eine capitis deminutio aus der Familie, zu welcher er gehörte, herausgetreten sey [l]). Ueberhaupt ist die agnatio eine Folge von der patria potestas [m]), oder im ältern Rechte auch von der manus mariti [n]), und also immer eine civilrechtliche Verwandtschaft, im Gegensatz der blos natürlichen Blutsverwandtschaft [o]). In dieser Hinsicht lassen sich die Agnaten auch bezeichnen als die Verwandten nach dem Civilrecht, oder als diejenigen, welche durch eine Mannsperson, in deren patria potestas oder manus sie stehen, oder gestanden haben, ohne jedoch durch eine capitis deminutio herausgetreten zu seyn, oder auch nur stehen würden, wenn nicht der Tod des

Familienhauptes (der physische oder bürgerliche,) dazwischen getreten wäre [p]), unter einander verwandt sind [q]). — Die Agnaten sind nun zugleich auch Cognaten, wenn sie nämlich auch auf eine natürliche Art unter einander verwandt sind, oder auch sofern der Begriff der Cognaten im weitern Sinne alle Verwandte, also auch die, welche in einem blos juristischen Verwandtschaftsverhältnisse stehen, umfaßt; nicht aber sind umgekehrt die Cognaten im engern Sinne zugleich auch Agnaten [r]). Die Verschiedenheit des Geschlechts kommt bey diesen Begriffen nur auf Seiten derjenigen Person in Betracht, durch welche das Verwandtschaftsverhältniß angeknüpft ist, nicht aber auch auf Seiten der Verwandten selbst. Daher gehören auch Mannspersonen, die nur durch eine Frauensperson mit einander verwandt sind, z. B. Halbbrüder durch die Mutter, der Mutter Bruder und der Schwester Sohn u. s. w., nur zu den Cognaten [s]); wogegen umgekehrt auch Frauenspersonen, wenn sie durch Mannspersonen unter den angegebenen Voraussetzungen verwandt sind, nicht nur Agnaten haben [t]), sondern, da dieses Verhältniß ein gegenseitiges ist, auch selbst Agnatinnen (agnatae) sind, z. B. die vom Vater her verwandte Schwester, des Vaters Schwester, des Bruders Tochter u. s. w. [u]), wie denn auch im ältern Rechte die Ehefrau, die in der manus des Mannes stand, Agnatin, und zwar consanguinea, von ihrem in der väterlichen Gewalt ihres Mannes befindlichen Sohn oder Stiefsohn war [v]). — Die nächsten Agnaten vom Vater oder väterlichen Adscendenten sind nun die, welche unmittelbar unter seiner patria potestas stehen, oder auch nur stehen würden, wenn er noch lebte [x]). Doch heißen diese mit einem speciellen, schon in den zwölf Tafeln gebrauchten Ausdruck *sui heredes* (n. a. u.) [y]), oder auch *sui* schlechthin [z]), (welcher Ausdruck aber auch die Frau in der manus des Mannes, ingleichen die Schwiegertochter in der manus des noch in väterlicher Gewalt befindlichen Sohnes mit umfaßt [aa]),) und wenn sie erst nach dem Tod ihres Adscendenten geboren werden, *postumi liberi* oder *postumi* schlechthin [bb]). Daher wird der Begriff der Agnaten gewöhnlich nur auf die Seitenverwandten bezogen [cc]), und zwar so, daß die nächstmöglichen Agnaten unter ihnen, d. h. die durch den Vater verwandten Geschwister, speciell *consanguinei* heißen [dd]), und demnach unter dem Ausdruck agnati

im engſten Sinne nur die übrigen, durch eine Mannsperſon unter den oben angegebenen Vorausſetzungen verbundenen Seitenverwandten begriffen werden [ee]). Auch werden die Agnaten überhaupt, vorzugsweiſe jedoch die Agnaten im engſten Sinne, *legitimi* oder *legitimae personae* [ff]), und die Agnation ſelbſt *legitima* oder *civilis cognatio* [gg]) genannt, und der Inbegriff der Agnaten heißt *familia*, ſofern dieß Wort blos auf freye Menſchen bezogen wird [hh]). — Es wird aber das Agnationsverhältniß durch jede capitis deminutio eines Agnaten aufgelößt [ii]), wogegen das natürliche Verwandtſchaftsverhältniß bey einer minima cap. deminutio des einen oder andern Verwandten unverändert bleibt [kk]). Wenn daher der bisherige Agnat mit denen, mit welchen er im Agnationsverhältniſſe ſtand, zugleich auch natürlich verwandt iſt, ſo behält er auch nach der minima capitis deminutio noch den Namen und die Rechte eines natürlichen Verwandten, während dagegen, wenn er nur juriſtiſch mit jenen verwandt war, mit der Auflöſung des bisherigen Agnationsverhältniſſes der Begriff der Verwandtſchaft nebſt allen Folgen (bis auf wenige Ausnahmen,) verſchwindet [ll]). — Uebrigens war der Unterſchied zwiſchen Agnaten und Cognaten im engern Sinne ehedem von ungleich größerm Belange, als im neueſten Röm. Rechte, wo die wichtigſten ehemaligen Agnations- oder Familien-Rechte in allgemeine Verwandtſchaftsrechte umgewandelt worden ſind [mm]).

a) Vgl. Cujacii Observ. XXVII. 6. und Deiters de civili cognatione et familiari nexu ex jure Rom. et Germ. Bonn. 1825.

b) l. 10. §. 2. D. h. t.

c) Gaj. I. §. 156. u. §. 1. I. de legit. agnat. tutel. (I. 15.) — §. 1. I. de legit. agnat. success. (III. 1.) l. 7. D. de legit. tutor. (XXVI. 4.) — Dem Sinne nach hiermit vollkommen übereinſtimmend ſind auch die in folgenden Stellen vorkommenden Begriffsbeſtimmungen: Gaj. III. §, 10. u. Collatio XVI. 2. §. 10. „Vocantur autem *agnati*, qui legitima cognatione juncti sunt. *Legitima* autem cognatio est ea, quae per virilis sexus personas conjungitur.“ Gaj. III. §. 24. „ . . . . . *cognati*, qui per feminini sexus personas necessitudine junguntur.“ l. 10. §. 2. D. h. t. „*Cognati* sunt, et quos *agnatos* lex duodecim tabularum appellat; sed hi sunt per patrem cognati ex eadem familia; qui autem per feminas conjunguntur, *cognati* tantum nominantur.“ — Abweichend aber in Einem Punkte (nämlich durch die Beſchränkung des Begriffs auf männ-

liche Perſonen,) ſind die bey Ulp. XI. §. 4. u. XXVI. §. 1. desgl. in d. l. 2. §. 1. D. de suis et legit. hered. (XXXVIII. 16.) u. in d. Collat. XVI. c. 3. §. 13. u. c. 7. pr. vorkommenden Definitionen der Agnaten. S. hierüber Note u).

d) Dieſes Erforderniß wird in allen auf den Begriff der Agnaten bezüglichen Stellen der vorigen Note beſtimmt ausgeſprochen.

e) Dieß ergiebt ſich ſchon aus dem Begriff von *familia*, als dem Complex aller Agnaten. l. 195. §. 2. in f. D. de verb. signif. (L. 16.)

f) l. 7. pr. D. de cap. min. (IV. 5.) „ . . . . . *agnatis* deferuntur, *qui desinunt esse familia mutati* (oder *mutata*).“

g) l. 4. §. 2. D. h. t.

h) Collatio XVI. c. 6. §. 2. — §. 2. I. de legit. agnat. success. (III. 1.) l. 23. D. de adopt. (I. 7.) l. 1. §. 4. D. unde cognat. (XXXVIII.) 8.) l. 1. §. 11. D. de suis et legit. hered. (XXXVIII. 16.)

i) Collatio XVI. c. 6. §. 2. Vgl. auch §. 39. Note i).

k) Vgl. §. 39. Note k).

l) Vgl. Note f) u. ii), und des Verfaſſers Bemerk. über Röm. Rechtsgeſch. S. 47.

m) l. 195. §. 2. D. de verb. signif. (L. 16.) §. 4. I. de success. cognat. (III. 5. „ . . . . cum *agnatio a patre*, cognatio sit a matre . . . . “ l. 4. D. unde cognat. (XXXVIII. 8.) „ . . . . . consanguinitatis itemque *agnationis* jura *a patre* oriuntur; . . . . . “ Daher auch die Erklärung der agnati: „quasi *a patre* cognati.“ Vgl. Note o).

n) Vgl. Note i).

o) l. 4. §. 2. D. h. t. „ . . . . . Sed naturalis quidem cognatio hoc ipso nomine appellatur; *civilis* autem *cognatio* licet ipsa quoque per se plenissime hoc nomine vocetur, proprie tamen *agnatio* vocatur, videlicet quae per mares contingit.“

p) l. 6. D. unde legit. (XXXVIII. 7.) „Nati post mortem patris, vel post captivitatem, sive deportationem, sed et hi, qui tempore, quo capiebatur vel deportabatur pater, in potestate fuerunt, jus inter se consanguinitatis habent, ... “

q) Vier verſchiedene Definitionen der Agnaten ſchlägt Roßhirt in der Einleitung in das Erbrecht ꝛc. S. 102. u. 259. vor, wogegen ſich aber manche Einwendungen machen laſſen. Vgl. die Allgem. Literat. Zeit. von 1833. Nr. 196. S. 349. fgg.

r) l. 10. §. 4. D. h. t. „Inter agnatos igitur et cognatos hoc interest, quod inter genus et speciem; nam qui est agnatus, et cognatus est, non utique autem qui cognatus est, et agnatus est; alterum enim civile, alterum naturale nomen est.“ — Collatio XVI. c. 3. §. 14. l. 5. pr. D. unde legit. (XXXVIII. 7.) l. 1. §. 4. D. unde cognat. (XXXVIII. 8.)

s) Gaj. I. §. 156. Collat. XVI. c. 3. §. 14. in f. — §. 1. I. de legit. agnat. tut. (I. 15.) l. 10. §. 6. D. h. t. — Ueber den Grund davon ſ. Note d) zum §. 29.

t) l. 2. §. 1. D. unde. legit. (XXXVIII. 7.) „ . . . . . nam et feminae possunt vel consanguineos, vel agnatos habere; . . . . . “

u) Gaj. III. §. 14. u. 23. Collat. XVI. c. 3. §. 16. u. 20. — §. 3. I. de legit. agnat. success. (III. 2.) Theophil. I. 15. §. 1. u. III. 2. §. 3. l. 1. §. 1. D. de legit. tutor. (XXVI. 4.) — Wenn nun deſſenungeachtet in den am Ende der Note c) citirten Stellen die Begriffsbeſtimmung der Agnaten blos auf männliche Perſonen beſchränkt wird, (z. B. Ulp. XI. §. 4. „*Agnati* sunt a patre cognati, *virilis sexus*, per virilem sexum descendentes, ejusdem familiae,“) ſo iſt dieß daraus zu erklären, daß in allen jenen Stellen die Agnaten bey Gelegenheit der Familienrechte (nämlich theils der geſetzlichen Tutel, theils der Inteſtaterbfolge,) erwähnt werden, dieſe aber zur Zeit der claſſiſchen Juriſten in der Regel nur männlichen Agnaten zuſtanden.

v) Gaj. III. §. 14. in f. u. §. 24. in f. — Collatio XVI. c. 2. §. 14. in f. u. c. 6. §. 2. — Vgl auch §. 39. Note i).

x) l. 12. D. de suis et legit. hered. (XXVIII. 16.) „Filius patri agnatus proximus est.“ l. 10. §. 3. D. h. t. „Proximiores ex agnatis *sui* dicuntur.“ Vgl. Note y) u. z).

y) Ulp. XXII. §. 14. „ . . . . . *Sui* autem *heredes* sunt liberi, quos in potestate habemus, tam naturales, quam adoptivi; . . . . “ u. XXVI. §. 1. „ . . . . . ad *suos heredes*, id est, liberos, qui in potestate sunt, ceterosque, qui in liberorum loco sunt.“ Auf ähnliche Weiſe auch in der Collatio XVI. c. 5. §. 1. l. 1. §. 2. D. de suis et legit. hered. (XXXVIII. 16.) u. l. 220. pr. D. de verb. signif. (L. 16.) Genauer aber, und mit Rückſicht auf den Umſtand, daß Enkel oder entferntere Deſcendenten, um in die Kategorie der sui heredes zu gehören, unmittelbar unter der potestas ihres väterlichen Adſcendenten ſtehen müſſen, wird dieſer Begriff beſtimmt von Gaj. II. §. 156. „*Sui* autem . . . . *heredes* sunt velut filius filiave, nepos neptisve ex filio, deinceps ceteri, qui modo in potestate morientis fuerunt. Sed uti nepos neptisve suus heres sit, non sufficit, eum (eamve) in potestate avi mortis tempore fuisse, sed *opus est, ut pater quoque ejus, vivo patre suo, desierit suus heres esse, aut morte interceptus, aut qualibet ratione liberatus potestate;* tum enim nepos neptisve in locum sui patris succedunt.“ Dieſe genauere Begriffsbeſtimmung findet ſich auch im §. 2. I. de hered. qualit. (II. 19.) u. §. 2. I. de heredit. quae ab intest. defer. (III. 1.) und bey Theophil. zu beyden Stellen; desgl. in der Collat. XVI. c. 2. §. 2. u. c. 3. §. 4. in Verbindung mit §. 8. u. 10. „Ex filia nepotes sui heredes non sunt; in avi enim materni potestate alienam familiam sequentes ipsa ratione esse non possunt.“ — Uebrigens iſt der Ausdruck *sui heredes* wohl ſo zu erklären: *Sui* heißen die mit dieſem Namen bezeichneten Perſonen in Bezug auf das Familienhaupt, in deſſen

Rechte ſie ſtehen, und *heredes* darum, weil ſie nach deſſen Tode ſchon ipso jure Erben deſſelben werden. l. 14. D. de suis et legit. hered. Vgl. auch Schulting in Jurispr. Ante-Just. p. 106. No. 51. in f. u. Heineccius ad Brisson. v. *suus*. Bey Gaj. II. §. 157. u. im §. 2. I. de hered. qualit. aber wird dieſer Ausdruck daher erklärt weil jene Perſonen *domestici heredes* wären, und ſchon bey Lebzeiten des Vaters gewiſſermaaßen als Eigenthümer des Vermögens angeſehen würden. Vgl. auch Collatio XVI. c. 3. §. 6. u. l. 11. D. de liber. et postum. (XXVIII. 2.) Daraus hat Cujacius das griechiſche Wort *αὐτοκληρονόμοι* zur Bezeichnung der sui heredes gebildet. Vgl. Cramer in d. Zeitſch. f. geſchicht. Rechtswiſſ. B. 1. S. 300. u. 301.

z) Z. B. l. 10. §. 3. D. h. t. l. 1. §. 7 — 9. D. de suis et legit. hered. (XXXVIII. 16.) l. 220. pr. D. de verb. signif. (L. 16.)

aa) Ulp. XXII. §. 14. „ . . . . . *Sui* autem *heredes* sunt . . . . . item uxor, quae in manu est, et nurus, quae in manu est filii, quem in potestate habemus.“ Genauer bey Gaj. III. §. 3. (aus der Collatio XVI. c. 2. §. 3. reſtituirt,) „Uxor quoque, quae in manu (ejus) est, (ei) sua heres est, quia filiae loco est, item nurus quae in filii manu est; nam et haec neptis loco est. *Sed ita demum erit sua heres, si filius, cujus in manu erit, cum pater moritur, in potestate ejus non sit.* Idemque dicimus et de ea, quae in nepotis manu matrimonii causa sit, quia proneptis loco est.“

bb) Gaj. II. §. 130. Ulp. XXII. §. 15. Collat. XVI. c. 2. §. 4. — §. 2. in. f. I. de heredit. quae ab intest. defer. (III. 1.) l. 3. §. 1. D. de injust. rupt. testam. (XXVIII. 3.) „*Postumos* autem dicimus eos duntaxat, qui post mortem parentis nascuntur; . . . .“ Doch wird dieſer Ausdruck in Rückſicht der Teſtamente auch auf ſolche Deſcendenten bezogen, welche zwar bey Lebzeiten des Vaters oder väterlichen Abſcendenten, aber erſt nach der Teſtamentserrichtung deſſelben geboren werden. l. 3. §. 1. D. cit. „ . . . . . sed et hi, qui post testamentum factum in vita nascuntur, ... “, §. 2. I. de exheredat. liber. (II. 13.) Aber auch manche andere Deſcendenten werden, in Bezug auf Erbſchaftsfälle, den postumis gleichgeachtet, (vgl. z. B. Collat. XVI. c. 2. §. 5. u. 6. u. c. 3. §. 7.) wovon das Nähere in's Erbrecht gehört. — Ueber die Etymologie von postumus ſ. Cujac. Observ. III. 4.

cc) Z. B. in der Stelle der zwölf Tafeln: „ . . . . cui *suus heres* nec escit (od. esit), *agnatus proximus* familiam habeto.“ Ulp. XXVI. §. 1. in f. Collat. XVI. c. 4. §. 1. in f., desgl. bey Gaj. III. §. 9. u. 37. — pr. I. de legit. agnat. success. (III. 2.) und bey Theophil. dazu, l. 7. pr. D. si tabul. test. null. exst. (XXXVIII. 6.)

dd) Vgl. §. 41. Note i). — Collat. XVI. c. 3. §. 3. „ . . . . . Sane *consanguineos* lex (scil. XII. tab.) non adprehenderat; interpretatione prudentium *primum inter agnatos locum* acceperunt;“ u. §. 13. — Ulp. XXVI. §. 1. u. 7.

ee) Z. B. Collat. XVI. c. 3. §. 17. l. 1. pr. D. de legit. tut. (XXVI. 4.) l. 2. §. 1. D. unde legit. (XXXVIII. 7.) l. 2. pr. D. de suis et legit. (XXXVIII. 16.) l. 6. §. 1. D. ad. SC. Tertull. (XXXVIII. 17.)

ff) Z. B. Collat. XVI. c. 7. §. 1. — §. 5. I. de SC. Tertull. (III. 3.) l. 2. pr. D. de suis et legit. (XXXVIII. 16.) l. 3. C. de legit. tut. (V. 30.) l. 14. pr. u. l. 15. pr. C. de legit. hered. (VI. 58.)

gg) Gaj. III. §. 10. l. 12. §. 4. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) l. 4. §. 2. D. h. t.

hh) Vgl. Zuſatz 1. zum §. 29.

ii) Vgl. §. 30. u. 32. Note i) m) y) u. z). — Doch wird durch eine maxima oder media cap. deminutio des Vaters das Agnationsverhältniß zwiſchen den in ſeiner Gewalt befindlich geweſenen Kindern, nicht aufgelößt. S. Note p).

kk) Vgl. §. 32. Note cc) u. l. 8. D. de regul. jur. (L. 17.)

ll) Gaj. III. §. 27. Ulp. XXVIII. 9. „ . . . . . agnati capite diminuti; nam licet legitimum jus agnationis capitis minutione amiserint, natura tamen cognati manent.“ — Gaj. III. §. 21. „ . . . . agnati capite deminuti non admittuntur . . . . . , quia nomen agnationis capitis deminutione perimitur.“ §. 4. I. de exhered. lib. (II. 13.) „ . . . . . Emancipati vero a patre adoptivo neque jure civili, neque quod ad edictum Praetoris attinet, inter liberos numerantur.“ §. 11. I. de heredit. quae ab intest. defer. (III. 1.) l. 4. D. si tabul. testam. null. exstab. (XXXVIII. 6.) u. l. 3. D. unde cognat. (XXXVIII. 8). — Gaj. I. §. 61. — §. 2. I. de nupt. (I. 10.) l. 17. pr. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) Vgl. jedoch Gaj. I. §. 59. — §. 1. I. eod. u. l. 14. pr. u. §. 1. D. eod.

mm) S. §. 29. Note f — k).

Zuſatz. Ein Freygelaſſener kann zwar, wenn er durch die Freylaſſung (wie es im Juſtinianiſchen Rechte allemal der Fall iſt, vgl. §. 28. Nr. 3.) die Civität, und dadurch die Fähigkeit zur väterlichen Gewalt erlangt hat, *sui heredes* haben, Gaj. III. §. 40. Ulp. XXVII. §. 1. u. pr. I. de success. libert. (III. 7. od. 8.), vorausgeſetzt, daß er die Kinder erſt nach ſeiner Freylaſſung bekommen hat; denn über die in der Sclaverey erzeugten und nachher freygelaſſenen Kinder könnte er nur durch beſondere Verleihung des Regenten die väterliche Gewalt erwerben, l. 46. D. de adopt. (I. 7.). Dagegen kann er Agnaten an und für ſich, d. h. abgeſehen von beſondern Gründen, wodurch er nach der Freylaſſung in ein Agnationsverhältniß gekommen iſt, (z. B. wenn er ſich hat arrogiren laſſen, Gellius V. 19.) nicht haben, Theophil. III. 7. pr., da die Verwandtſchaft unter Sclaven in der Regel (welche jedoch einige Ausnahmen leidet, l. 14. §. 2. D. de ritu nupt. [XXIII. 2.] u. §. 10. I. h. t. oder pr. I. de servili cognat. [III. 7.]) keine rechtlichen Wirkungen hat. §. 10. I. oder pr. I. cit. Ulp. XII. §. 3. in f., Paul. IV. 10. §. 2. l. 1. §. 2. D. unde cognat. (XXXVIII. 8.) u. l. 10. §. 5. D. h. t. — Uebrigens fanden ehedem ſelbſt unter neuen Bürgern Verwandtſchaftsrechte, wenn

sie selbige nicht ausdrücklich zugleich mit der Civität erlangt hatten, nicht Statt, bis sie ihnen, wenn auch unter gewissen Modificationen, von Nerva und von Trajan verliehen wurden. Plin. Panegyr. c. 37. u. 38. Vgl. auch das in der Note o) zum §. 28. angef. Programm von Haubold, in Dessen Opusc. Vol. II. p. 380. u. 381.

§. 43.

7) Nach der Schwägerschaft.

Der zum §. 39. angeführte Titel der Digesten.

„*Affines* sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad cognationis finem accedit; namque conjungendae affinitatis causa fit ex nuptiis“ [a]. Nach dieser Bestimmung Modestin's bezeichnet also *affinitas* (Schwägerschaft) das durch Eingehung einer Ehe (und zwar einer rechtmäßigen Ehe [b],) entstandene Verhältniß zwischen dem einen Ehegatten und den Verwandten des andern [c], und mithin gehört unter diesen Begriff nicht blos die Schwiegerverwandtschaft, sondern auch die Stiefverwandtschaft, diese jedoch nicht in der gewöhnlichen Ausdehnung des Worts, sondern nur in so fern, als der eine Stiefverwandte Ehegatte vom wahren Verwandten des andern ist [d]. Aber auch die Ehegatten selbst in ihrer gegenseitigen Beziehung werden zu den affines (im weitern oder uneigentlichen Sinne) gerechnet [e], wie denn auch affinitas bisweilen für das eheliche Verhältniß vorkommt [f]. Dagegen sind weder die Verwandten beyder Ehegatten mit einander verschwägert, z. B. der Bruder des Mannes mit dem Bruder der Frau [g], noch auch die eine verschwägerte Person mit den Verwandten der andern, z. B. der Stiefsohn mit den Verwandten des Stiefvaters. — So wie nun die Affinität durch Eingehung einer rechtmäßigen Ehe begründet wird, und während des Bestehens derselben fortdauert, so hört sie auch mit deren Beendigung wieder auf [h]; doch reichen manche rechtliche Folgen der Affinität Ausnahmsweise [i] auch über die Dauer der Ehe hinaus [k]. Ferner wird durch eine maxima und media, nicht aber auch durch eine minima capitis deminutio das bisherige Affinitäts-Verhältniß aufgelößt [l]. — Uebrigens hat

die Affinität, da ſie nicht auf Zeugung beruht, eigentlich keine Grade [m]); doch wird das, was bey der Verwandtſchaft von den Graden gilt, analogiſch auf die Schwägerſchaft angewendet [n]), und in dieſer Hinſicht ſtellt man gewöhnlich die, im Röm. Rechte jedoch nicht ausgeſprochene, und dem Sinne deſſelben auch wohl nicht angemeſſene Regel auf, daß Jemand in eben dem Grade, in welchem er mit dem einen Ehegatten verwandt iſt, mit dem andern verſchwägert ſey [o]).

a) l. 4. §. 3. D. h. t.

b) l. 4. §. 8. D. h. t. „Sciendum est, neque cognationem, *neque affinitatem* esse posse, *nisi nuptiae non interdictae sint*, ex quibus affinitas conjungitur.“ Daher iſt die Eintheilung der Schwägerſchaft in die rechtmäßige oder eheliche und die unrechtmäßige oder uneheliche, dem Röm. Rechte fremd. S. jedoch den Zuſatz 4.

c) Damit ſtimmt auch die von Theophilus I. 10. §. 6. gegebene Definition überein: „*ἀγχιστεία δέ ἐστιν οἰκειότης προσώπων ἐκ γάμων ἡμῖν συμπεμένων συγγενείας ἐκτός.*“ (affinitas autem est necessitudo personarum per nuptias nobis conjunctarum extra cognationem.)

d) Daher ſind die Stiefeltern mit den Stiefkindern verſchwägert, nicht aber auch die ſog. Stiefgeſchwiſter unter einander. Vgl. Erinnerung 1. zum §. 41. — — Uebrigens iſt es bey den Stiefkindern, im Verhältniß zum Stiefvater, gleichgültig, ob ſie, vor der jetzigen Ehe ihrer Mutter, aus einer andern rechtmäßigen Ehe oder unehelich geboren ſind. l. 7. D. h. t.

e) Vatic. Fr. §. 302. l. 5. C. de hered. instit. (VI. 24.) — In dieſem Sinne iſt affinis auch bey Paul. V. 12. §. 2. zu nehmen, und dann ſtellen ſich die hieran gemachten critiſchen Verſuche (vgl. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 23. S. 223. fgg.) als unſtatthaft dar.

f) Vatic. Fr. §. 262. l. 84. D. de jure dot. (XXIII. 3.) l. 38. §. 1. D. de usur. (XXII. 1.) l. 15. C. de donat. ante nupt. (V. 3.) u. l. un. C. de impon. lucrat. descript. (X. 35.)

g) Mithin auch nicht die zuſammengebrachten Kinder. Vgl. Erinnerung 1. zum §. 41.

h) Gaj. I. §. 63. Ulp. V. §. 6. in f. — §. 6. u. 7. I. de nupt. (I. 10.) l. 84. D. de jure dot. (XXIII. 3.) — Cic. pro Cluent. c. 67. „. . . . . divortia atque affinitatum discidia . . . . “ — Vgl. auch Heineccii ad leg. Iul. et Pap. Popp. Comment. p. 311. seq.

i) Vatic. Fr. §. 303. „Sed in hac affines, qui sunt tempore donationis, excipiuntur. Idemque etiam Divus Pius rescripsit: *leges enim, quae voluissent etiam eos excipere, qui fuissent, nominatim id cavisse.*“ l. 3. §. 1. D. de postul. (III. 1.) „Affinitates non eas accipere debemus, quae quondam fuerunt, sed *praesentes*.“

Anderer Meinung iſt jedoch Dirkſen in den Beiträgen ꝛc. S. 254. Note 10 a) und S. 331. Note 10 a).

k) Vgl. die in der Note h) citirten Stellen (außer der letzten), ingl. l. 5. §. 1. D. de condict. sine caus. (XII. 7.) l. 14. pr §. 1. u. 4. l. 15. u. 40. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) l. 2. u. 4. Th. C. de incest. nupt. (III. 12.) l. 17. J. C. de nupt. (V. 4.) — Vatic. Fr. §. 218. l. 15. §. 2. u. l. 16. D. solut. matrim. (XXIV. 3.)

l) l. 4. §. 10. u. 11. D. h. t.

m) l. 4. §. 5. D. h. t. „Gradus autem affinitati nulli sunt.“

n) l. 10. pr. D. h. t. „Iurisconsultus *cognatorum gradus et affinium* nosse debet, ... “ — Zwar meinen Manche, daß *gradus* hier nicht die Entfernung der Verwandten und Affinen unter einander, ſondern vielmehr die Linien derſelben bedeute, (vgl. Glück a. a. O. S. 250 — 252.); allein dieſer Meinung widerſtreitet theils das in derſelben Stelle bald darauf folgende „ad *proximum* quemque“ und „*proximo* cuique“, theils die im §. 10. ejusd. leg. enthaltene Erklärung von *gradus*, theils die mit dem §. 11. ej. l. beginnende Durchgehung der einzelnen Verwandtſchaftsgrade. — Uebrigens iſt gewiß, daß die Affinen in unſern Quellen gewöhnlich nicht nach Graden, ſondern vielmehr einzeln nach ihren eigenthümlichen Namen aufgezählt werden, z. B. Vatic. Fr. §. 218. 219. u. 302. Collat. IX. 2. §. 3. l. 1. §. 11. D. de postul. (III. 1.) l. 4. D. de testib. (XXII. 5.) l. 1. D. de lege Pompej. de parricid. (XLVIII. 9.); doch werden ſie bisweilen allerdings auch nach Graden erwähnt, z. B. Vatic. Fr. §. 216. u. 217. Vgl. auch die folg. Note.

o) Nämlich nach dieſer Regel würden z. B. Schwiegereltern und Schwiegerkinder, desgleichen Stiefeltern und Stiefkinder im erſten Grade mit einander verſchwägert ſeyn. Nun aber heißt es in der l. 5. pr. D. de injur. (XLVII. 10.) „ . . . . . Qua lege (scil. Cornelia de injuriis) cavetur, ut non judicet, qui ei, qui agit, *gener*, *socer*, *vitricus*, *privignus* sobrinusve est, *propiusve* eorum quemquam *ea* cognatione *affinitateve attinget*, ... “ Alſo muß es noch nähere Affinen, als die hier genannten, geben. Darunter ſind nun wahrſcheinlich die Ehegatten ſelbſt zu verſtehen, (vgl. Klenze in der Zeitſchrift ꝛc. B. 6. S. 111.), oder in jenem Geſetz, wo nur von Mannsperſonen die Rede iſt, der Ehemann. Hiernach iſt alſo wohl anzunehmen, daß Schwiegereltern und Schwiegerkinder, ferner Stiefeltern und Stiefkinder nach dem Röm. Rechte im zweiten Grade mit einander verſchwägert ſind; was ſich auch recht gut daraus erklären läßt, daß z. B. zwiſchen dem Stiefvater und dem Stiefſohn die leibliche Mutter des Letztern, als derjenige Ehegatte, durch welchen das Affinitätsverhältniß angeknüpft wird, in der Mitte ſteht.

Zuſatz 1. Wer durch Adoption in eine Familie kommt, wird zwar eigentlich mit Niemandem in dieſer Familie verſchwägert, l. 4. §. 10. in f. D. h. t.; doch wird die Frau des Adoptivvaters mit einer Stiefmutter

des Adoptivkindes verglichen. l. 14. pr. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.)

Zusatz 2. Was die Namen der einzelnen Affinen anlangt, so kommen in unsern Quellen (außer der Bezeichnung der Ehegatten selbst durch *vir* [oder *maritus*] und *uxor*,) folgende vor. 1) Für Affinen in der auf- und absteigenden Linie: *socer* (Schwiegervater), *socrus* (Schwiegermutter,) *gener* (Schwiegersohn oder Eydam), *nurus* (Schwiegertochter oder Schnur), *vitricus* (Stiefvater), *noverca* (Stiefmutter), *privignus* (Stiefsohn), *privigna* (Stieftochter), *socer magnus* (Schwiegergroßvater oder Elterschwäher), *socrus magna* oder *prosocrus* (Schwiegergroßmutter oder Elterschwiegermutter oder Großschwieger), *progener* (Schwiegerenkel oder Untereydam), *pronurus* (Schwiegerenkelin oder Unterschnur). l. 4. §. 4. u. 6. D. h. t. Indessen werden die Ausdrücke: socrus, nurus, noverca und privigna, wenigstens in Bezug auf Ehehindernisse, auch in einem weitern Umfange genommen, nämlich: *socrus* auch für die Schwiegergroßmutter u. s. w., *nurus* auch für die Schwiegerenkelin u. s. w., *noverca* auch für die Stiefgroßmutter u. s. w., und *privigna* auch für die Stiefenkelin u. s. w. l. 14. §. 4. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) u. l. 6. pr. D. h. t. Von allen diesen verschwägerten Personen in der auf- und absteigenden Linie heißt es: affinitatis causa parentum liberorumque loco habentur." l. 4. §. 7. D. h. t. (Vgl. auch Zusatz 2. zum §. 40.) — 2) Für Affinen in der Seitenlinie: *levir* (des Mannes Bruder), *glos* (des Mannes Schwester), *ianitrices* (zweyer Brüder Frauen). l. 4. §. 6. in f. D. h. t. — Diese Letztern heißen bey Nonius Marcell. c. 19. *fratriae*, und nach ihm l. c. soll *glos* nicht blos des Mannes Schwester, sondern auch des Bruders Frau bedeuten. — Uebrigens wird der Ausdruck *necessarii* oder *necessariae personae* von verschwägerten Personen eben sowohl, als von Verwandten, gebraucht. Festus v. *necessarii* u. l. 1 — 3. D. in jus vocati ut eant. (II. 6.)

Zusatz 3. Ein der Schwägerschaft analoges Verhältniß entspringt auch schon aus dem Eheverlöbniß (sponsalia). Daher werden die Verlobten (sponsus, sponsa), eben so wie die Ehegatten, zu den affines im weitern Sinne mitgerechnet, Vatic. Fr. §. 302., und das unter ihnen Statt findende Verhältniß wird eben so, wie das eheliche, affinitas genannt, l. 8. D. de condict. causa dat. (XII. 4.) l. 38. §. 1. D. de usur. (XXII. 1.), und auch die Namen der verschwägerten Personen: socer, socrus, gener, nurus und noverca, werden schon in Folge der Sponsalien gebraucht, l. 6. §. 1. u. l. 8. D. h. t. l. 5. D. de testib. (XXII. 5.) l. 4. D. de lege Pompej. de parricid. (XLVIII. 9.) u. l. 12. §. 1. u. l. 14. §. 4. in f. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.), obgleich freylich nur uneigentlich. l. 12. §. 1. u. 2. D. eod. u. §. 9. I. de nupt. (I. 10.)

Zusatz 4. Freygelassene können unter einander verschwägert seyn, l. 4. §. 9. D. h. t., Sclaven aber eigentlich nicht, da bey ihnen eine Römisch-

gültige Ehe unmöglich ist. (S. Note b).) Indessen kommen bey den Eheverboten auch die aus Gattungsverbindungen unter Sclaven entstandenen schwägerschaftlichen Verhältnisse (serviles affinitates) eben so, wie die serviles cognationes, in Betracht. l. 14. §. 2. u. 3. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) u. §. 10. I. de nupt. (I. 10.)

§. 44.

8) Nach dem Wohnorte.

Tit. D. ad municipalem et de incolis. (L. 1.)
C. de municipibus et originariis. (X. 38.) de incolis, et ubi quis domicilium habere videtur, et de his, qui studiorum causa in aliena civitate degunt. (X. 39.)

Wohnort (domicilium, bisweilen auch domus [a]),) heißt derjenige Ort, wo man seinen festen Aufenthalt genommen hat [b]). Dieß ist aber weder bey einem blos temporären Aufenthalte um eines vorübergehenden Zweckes willen der Fall [c]), noch auch bey der bloßen Ansässigkeit mit einem Hause [d]). Der Wohnort ist nun entweder ein freywilliger (domicilium voluntarium *), oder ein nothwendiger (necessarium domicilium [e])), je nachdem er auf freyer Wahl, oder auf rechtlicher Nothwendigkeit beruht. Der Erstere macht die Regel aus [f]), selbst bey Freygelassenen [g]); doch kommt auch der Letztere nicht blos in mehreren Verhältnißen des öffentlichen Rechts vor, namentlich bey Personen, die öffentliche Aemter oder Würden bekleiden, am Orte ihrer Amtsverrichtung (domicilium dignitatis) [h]), bey Soldaten in ihren Standquartieren, wenn sie nicht etwa in ihrem Vaterlande Güter besitzen [i]), und bey Relegirten an dem ihnen zur Strafe angewiesenen Orte [k]), sondern auch in manchen privatrechtlichen Verhältnissen, und zwar theils bey Ehefrauen (unter Voraussetzung einer rechtmäßigen Ehe [l]),) am Wohnorte ihrer Männer (domicilium matrimonii) [m]), theils bey Pupillen an dem ihnen von der Obrigkeit um der Erziehung willen angewiesenen Orte [n]). Dagegen können die noch unter väterlicher Gewalt befindlichen Kinder, wenigstens die mündigen, allerdings einen eigenen, von dem des Vaters verschiedenen Wohnort haben [o]); in dessen Ermangelung aber sind sie an den Wohnsitz des Vaters gebunden [p]). Ferner kann man auch mehrere Wohnsitze gleichzeitig haben [q]), so wie es auch umgekehrt kommen kann, daß Jemand ohne al-

len Wohnſitz iſt [r]). — Durch den Wohnort erlangt man die Eigenſchaft eines Ortseinwohners (incola) [s]), welche, ſofern nicht beſondere Ausnahmen eintreten, ſowohl den Gerichtsſtand, als auch die Verpflichtung zu den bürgerlichen Obliegenheiten und Laſten (munera) an dieſem Orte begründet [t]). Daher kann man auch ein freywilliges Domicil nicht eher wieder aufgeben, als bis man die öffentlichen Functionen, zu denen man ſchon beſtimmt war, daſelbſt erfüllt hat [u]). Uebrigens geſchieht eine Veränderung deſſelben nicht ſchon durch eine bloße Willenserklärung, ſondern erſt durch die wirkliche Verlegung des bisherigen Wohnſitzes an einen andern Ort [v]).

a) l. 5. §. 2. D. de injur. (XLVII. 10.) u. l. 203. D. de verb. signif. (L. 16.)

b) l. 203. D. cit.„ . . . . . eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset.“ l. 27. §. 1. D. h.t. l. 7. C. h. t. (X. 39.) „. . . . . in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet; unde cum profectus est, peregrinari videtur; quod si rediit, peregrinari jam destitit.“

c) l. 2. C. eod.

d) l. 4. C. eod. u. l. 17. §. 5. u. 13. D. h. t.

e) l. 22. §. 3. D. h. t.

f) l. 31. D. h. t.

g) l. 12. C. de operis libert. (VI. 3.)

h) l. 11. D. de senator. (I. 9.) l. 22. §. 6. D. h. t. l. 8. C. h. t. (X. 39.)

i) l. 23. §. 1. D. h. t.

k) l. 22. §. 3. D. h. t.

l) l. 37. §. 2. D. h. t.

m) l. 5. in f. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) l. 65. D. de judic. (V. 1.) l. 22. §. 1. u. l. 38. §. 3. D. h. t. l. 9. C. h. t. (X. 39.) l. un. C. de mulieribus, in quo loco munera etc. (X. 62.)

n) l. 1. pr. u. l. 5. D. ubi pupill. educar. deb. (XXVII. 2.)

o) l. 3. u. 4. D. h. t. „Placet etiam filiosfamilias domicilium habere posse, non utique ibi, ubi pater habuit, sed ubicunque ipse domicilium constituit.“ l. 17. §. 11. D. h. t. — Die l. 6. §. 1. D. h. t. bezieht ſich auf den Ort der Herkunft und die davon abhängigen Folgen. Vgl. Zuſatz 1. — Uebrigens verſteht man jene Stellen gewöhn-

lich nur von dem Falle, wenn ein Sohn mit Einwilligung des Vaters einen eigenen Wohnſitz aufgeſchlagen hat. Vgl. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 6. S. 268.

p) arg. l. 3. pr. — §. 3. D. de liber. exhib. (XLIII. 30.)

q) l. 5. l. 6. §. 2. u. l. 27. §. 2. D. h. t. Daher wird auch durch das domicilium dignitatis ein anderweiter Wohnort nicht ausgeſchloſſen, l. 11. D. de senator. (I. 9.) l. 22. §. 6. D. h. t. l. 2. C. ubi senator. conven. (III. 24.), und ein Relegirter kann neben ſeinem necessarium domicilium ſogar an dem Orte, von wo er weggewieſen worden iſt, noch ein domicilium haben. l. 27. §. 3. D. h. t.

r) l. 27. §. 2. D. h. t. „. . . . . difficile est, sine domicilio esse quemquam. Puto autem et hoc procedere posse, si quis domicilio relicto naviget, vel iter faciat, quaerens, quo se conferat, atque ubi constituat; nam hunc puto sine domicilio esse.“

s) l. 239. §. 2. D. de verb. sign. (L. 16.) „*Incola* est, qui aliqua regione domicilium suum contulit, ...“ l. 7. C. h. t. (X. 39.) „Cives quidem origo, manumissio, allectio vel adoptio, *incolas* vero . . . . . *domicilium* facit.“ Aus dieſer Stelle ergiebt ſich zugleich, daß man durch den Wohnort an ſich noch nicht das Bürgerrecht an demſelben Orte erlangt, ſondern daß dieſes auf beſondern Erwerbsgründen beruht.

t) l. 29. D. h. t. „Incola et his magistratibus parere debet, apud quos incola est, et illis, apud quos civis est; nec tantum municipali jurisdictioni in utroque municipio subjectus est, verum etiam omnibus publicis muneribus fungi debet.“ — l. 3. pr. u. l. 6. §. 5. in f. D. de muner. (L. 4.) l. 1. u. 5. C. h. t. (X. 38.) l. 5. u. 6. C. h. t. (X. 39.) l. un. C. de mulier. in quo loco muner. (X. 62.) — Ueber die publica munera in der hierher gehörigen Bedeutung ſ. Zuſatz 2.

u) l. 34. D. h. t.

v) l. 20. D. h. t.

Zuſatz 1. Neben dem Wohnſitz iſt auch die Herkunft (origo) einer Perſon von Wichtigkeit, und zwar theils die allgemeine in der Mutterſtadt des Röm. Staats, Cic. de lege agrar. II. c. 32. l. 6. §. 11. D. de excusat. (XXVII. 1.) u. l. 33. D. h. t. „Roma communis nostra patria est“, theils die beſondere an dem Orte, aus welchem die Eltern, (von denen bey ehelich Gebornen in der Regel der Vater, und bey Unehelichen die Mutter in Betracht kommt,) oder die Patrone herſtammen. l. 1. §. 2. l. 6. §. 1. u. 3. l. 9. l. 22. pr. l. 27. pr. u. l. 37. §. 1. D. h. t. l. 2. u. 3. C. h. t. (X. 38.) Die beſondere Herkunft hat die nämlichen Wirkungen, wie der Wohnſitz, und zwar gleichzeitig mit dieſem, l. 22. §. 2. und l. 29. D. h. t. l. 1. 3. und 5. C. h. t. (X. 38.), auch in der Regel fortwährend. leg. cit. u. l. 4. C. eod. l. 6. pr. l. 15. §. 3. u. l. 17. §. 9. D. h. t. Aber auch aus Rückſicht auf die allgemeine Herkunft konnte wenigſtens ehedem, ſo lange Rom die Hauptſtadt des Röm. Staats war, jeder Röm. Bürger, er

mochte wohnen, wo er wollte, in Rom, wenn er gerade daselbst anwesend war, belangt werden, sofern er nicht aus einem besondern Grunde das Recht hatte, auf seinen Wohnort sich zu berufen (jus revocandi domum, oder revocandi domum suam jus, oder domus revocatio). l. 28. §. 4. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.) u. l. 2. §. 3 — 5. D. de judic. (V. 1.) Ob übrigens diese Eigenthümlichkeit der alten Hauptstadt mit den übrigen Privilegien derselben auf Constantinopel, als die Roma nova, (l. 5. C. de oper. publ. [VIII. 12.],) übergegangen sey, wie man nach der l. un. C. de privileg. urb. Constantinopol. (XI. 20.) gewöhnlich annimmt, steht dahin.

Zusatz 2. *Munera civilia* oder *publica* (a. u.), oder auch *munera* schlechthin, heißen in privatrechtlicher Beziehung überhaupt bürgerliche Pflichten und Lasten, die um des allgemeinen Besten willen zu übernehmen sind. l. 18. l. 214. u. l. 239. §. 3. D. de verb. signif. (L. 16.) „*Munus publicum* est: officium privati hominis, ex quo commodum ad singulos universosque cives, remque eorum imperio magistratus extraordinarium pervenit.“ In Hinsicht auf die Art der Leistung sind sie entweder *personalia s. (personarum)*, d. h. welche blos persönliche Thätigkeit, Mühe und Anstrengung erfordern, („quae animi provisione et corporalis laboris intentione, sine aliquo gerentis detrimento perpetrantur,“) oder *patrimoniorum*, d. h. welche Vermögensaufwand erfordern, („quae sumtibus patrimonii, et damnis administrantis expediuntur,“) oder *mixta*, d. h. welche sowohl in persönlicher Arbeit und Mühe, als in Vermögensaufwand bestehen. l. 1. pr. u. §. 3. l. 18. pr. §. 1. 18. 26. u. 28. D. de muner. (L. 4.) Die patrimoniorum munera sind wiederum von doppelter Art, entweder solche, welche blos den Bürgern und Einwohnern eines Orts, oder solche, welche allen Grundbesitzern, als solchen, mithin auch den anderswo wohnenden, auferlegt werden (intributiones). l. 6. §. 5. u. l. 18. §. 21. u. 22. D. eod. u. l. 4. pr. D. de veteran. (XLIX. 18.) — In staatsrechtlicher Beziehung aber, und im Gegensatz von privatum munus, heißt *publicum munus* ein öffentliches oder ein Staats-Amt („quod in administranda republica cum sumtu sine titulo dignitatis subimus“). l. 14. §. 1. D. de muner. — Ist mit einem munus zugleich eine Ehrenauszeichnung verbunden, so heißt es *honor civilis* oder *honor* schlechthin. l. 16. §. 3. u. l. 12. D. eod. l. 2. §. 8. u. l. 7. §. 1. D. de decurion. (L. 2.)

Zusatz 3. Mit dem Wohnorte stehen gewissermaaßen auch die Begriffe von Gegenwart und Abwesenheit in Verbindung, sofern nämlich gegenwärtig (*praesens*) Jeder heißt, der sich an seinem Wohnorte befindet, l. 5. u. 6. D. de procurator. (III. 3.), und abwesend (*absens*) der, welcher an dem Wohnorte nicht gegenwärtig ist; was in manchen rechtlichen Beziehungen in Betracht kommt, z. B. l. 1. §. 1. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.) §. 2. I. de excusat. (I. 25.) In einem weitern Sinne aber heißt absens ein Jeder, welcher an dem Orte nicht gegenwärtig ist, wo er eigentlich seyn sollte, l. 71. u. l. 73. pr. u. §. 3. D.

de judic. (V. 1.) oder wo Etwas vorgeht, das für ihn rechtliches Intereſſe hat. l. 199. pr. D. de verb. signif. (L. 16.) „*Absentem* accipere debemus eum, qui non est eo loci, in quo petitur; . . . . .“ l. 4. §. 5. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) l. 51. §. 4. u. 5. D. de fideicom. libertat. (XL. 5.) — Eine eigenthümliche, in die Lehre von der Verjährung gehörige Begriffsbeſtimmung der praesentes und der absentes enthält l. ult. C. de praescript. long. temp. (VII. 33.)

§. 45.

9) Nach dem Religionsbekenntniſſe.

In der vorchriſtlichen Zeit hatte jeder Staat ſeine eigenthümliche Religion [a]), die mit deſſen Verfaſſung im engſten Zuſammenhange ſtand, und in ſo fern zugleich einen politiſchen Charakter hatte; doch war im Uebrigen an die Verſchiedenheit des Glaubensbekenntniſſes eine Verſchiedenheit der bürgerlichen Rechtsfähigkeit noch nicht geknüpft, außer inwiefern gewiſſe Rechtsverhältniſſe mit der Eigenthümlichkeit des Glaubensbekenntniſſes und religiöſen Cultus unverträglich ſchienen. Dieſer Grundſatz wurde im Röm. Staate, ſo lange der heidniſche Cultus herrſchte, namentlich auch auf die Bekenner des Jüdiſchen Glaubens (Judaica superstitio [b])) angewendet, und ſelbſt zur Erlangung von Ehrenſtellen (honores) wurden ſie von den Kaiſern Septimius Severus und Antoninus Caracalla für fähig erklärt [c]). Auch gingen die unter den heidniſchen Kaiſern mehrmals vorgekommenen Chriſtenverfolgungen aus andern Rückſichten hervor, als aus dem Princip einer durch die Glaubensverſchiedenheit bedingten Verſchiedenheit der bürgerlichen Rechtsfähigkeit [d]). Erſt unter Conſtantin d. G. trat dieſes — dem Geiſte des Chriſtenthums freylich ganz fremde — Princip zu Gunſten der rechtgläubigen Chriſten in das Leben [e]), und wurde von den Nachfolgern deſſelben (mit Ausnahme von Julianus Apostata,) in der Anwendung noch mehr erweitert. Daher iſt im neuern Röm. Rechte nicht nur der Unterſchied zwiſchen Chriſten (Christiani) und Nicht-Chriſten, ſie mögen Juden (Judaei) oder Heiden (pagani oder gentiles in dieſem Sinne [f])) ſeyn, ſondern auch unter den Chriſten ſelbſt der Unterſchied zwiſchen Rechtgläubigen (orthodoxi oder catholici [g])) und Ketzern (haeretici) von Wichtigkeit. Mit dem letz-

tern Namen werden nämlich diejenigen bezeichnet, welche in ihren religiösen Meinungen von den Lehrsätzen der rechtgläubigen Kirche abweichen [h]), und den Maaßstab zur Beurtheilung der Rechtgläubigkeit eines Christen enthalten, nächst der heiligen Schrift selbst [i]), die Lehrsätze der vier allgemeinen Kirchenversammlungen (synodi), nämlich der Nicäniſchen (v. J. 325. unter Conſtantin d. G.), der Conſtantinopolitaniſchen (v. J. 381. unter Theodos I.), der Epheſiniſchen (v. J. 431. unter Theodos II.) und der Chalcedonenſiſchen (v. J. 451. unter Marcian) [k]). Gegen die Ketzer ſowohl, als gegen die von der chriſtlichen Religion wieder abtrünnig gewordenen (apostatae), erließen die chriſtlichen Kaiſer, hauptſächlich ſeit Theodos I., ſehr harte Verfügungen [l]); aber auch ohne Rückſicht auf Abtrünnigkeit wurden die Juden und Heiden manchen Rechtsnachtheilen unterworfen [m]), und den Erſtern wurde namentlich auch die Fähigkeit zu Verwaltungs- und Ehrenſtellen von Theodos II. entzogen [n]).

a) Cic. pro Flacco c. 28. in f. „. . . . . Sua cuique civitati religio . . . est, nostra nobis.“

b) l. 3. §. 3. D. de decurion. (L. 2.)

c) l. 3. §. 3. D. cit. — l. 15. §. 6. D. de excusat. (XXVII. 1.)

d) Vergl. Zimmern's Rechtsgeſch. B. 1. §. 130. nebſt den daſelbſt angef. Schriftſtellern, und Huſchke in d. Tübing. Krit. Zeitſch. B. 5. S. 256. u. 257.

e) l. 1. Th. C. de haeretic. (XVI. 5.) u. l. 1. J. C. eod. (I. 5.) „Privilegia, quae contemplatione religionis indulta sunt, catholicae tantum legis observatoribus prodesse oportet . . . . .“

f) l. 46. Th. C. eod. l. 21 — 23. Th. C. de paganis. (XVI. 10.)

g) l. 6. §. 1. u. l. 21. C. de haeretic. (I. 5.) — l. 2. Th. C. de fide catholica, (XVI. 1.) oder l. 1. J. C. de summa Trinitate. (I. 1.)

h) l. 28. Th. C. de haeretic. oder l. 2. §. 1. J. C. eod. „*Haereticorum* vocabulo continentur, ... qui vel levi argumento a judicio catholicae religionis et tramite detecti fuerint deviare.“

i) Vgl. die beyden letzten Stellen in der Note g).

k) l. 8. pr. C. de haeretic. Nov. 115. c. 3. §. 14. u. Nov. 131. c. 1.

l) TT. de haereticis Th. C. (XVI. 5.) u. J. C. (I. 5.) — TT. de apostatis Th. C. (XVI. 7.) u. J. C. (I. 7.) — Doch wurden nicht alle Arten der Ketzer ganz gleichen Rechtsnachtheilen unterworfen, ſondern manche gelinder, andere ſtrenger behandelt. Für die ſchlechteſten Secten der Irrgläubigen galten die Manichäer und die Donatiſten, denen faſt

alle Rechtsfähigkeit entzogen wurde. l. 38. u. 40. Th. C. de haeretic. u. l. 4. J. C. eod. Ueber die religiösen Ansichten derselben vgl. von Buchholtz Juriſt. Abhandl. S. 118 u. 119. Note 27. u. 28.) und die daſelbſt angef. Schriftſteller.

m) TT. de Judaeis Th. C. (XVI. 8.) u. J. C. (I. 9.) — TT. de paganis Th. C. (XVI. 10.) u. J. C. (I. 11.) Vgl. auch l. 21. C. de haeretic.

n) Nov. Th. C. 8. §. 2. oder l. 19. pr. J. C. de Judaeis.

Zuſatz. Mit dem alten Religionscultus bey den Römern ſtanden auch die *sacra* (Opferdienſte) in Verbindung. Dieſe waren nach **Festus** v. *publica sacra* entweder *publica*, d. h. welche auf öffentliche Koſten für das ganze Volk, oder auch für gewiſſe Abtheilungen deſſelben veranſtaltet wurden, oder *privata*, d. h. welche für einzelne Menſchen, oder beſtimmte Familien, oder ganze gentes verrichtet wurden. (Von **Paulus Diac.** h. v. werden als **publica sacra** nur die für das geſammte Volk, [welche auch *popularia sacra* heißen, ſ. **Festus** h. v.] und als **privata** nur die für einzelne Menſchen und Familien angeführt.) Ueber die **gentilicia sacra** vgl. Zuſatz 2. zum §. 29., und über die **privata sacra** überhaupt ſ. von Savigny in der Zeitſch. f. geſchichtl. Rechtswiſſ. B. 2. S. 362 — 404. In Anſehung der **sacra pro familiis** hat dieſer Gelehrte ſeine frühere, a. a. O. S. 383. fgg. ausgeſprochene Meinung, daß ſie gar nicht wirklich exiſtirt hätten, ſondern ihre Erwähnung nur auf einem Irrthum des Feſtus beruhe, ſpäter dahin geändert, daß ſie ſich auf die religiöſe Vereinigung der Cognaten und Affinen an einem eigenen Feſttage, den Cariſtien, bezogen hätten. Vgl. die angef. Zeitſch. B. 6. S. 15. u. 16. Note 2). — Die wichtigſte Beziehung auf das Privatrecht hatten die **sacra pro singulis hominibus**, die auch vorzugsweiſe **sacra privata** oder auch **sacra** ſchlechthin heißen. Wenn nämlich ein Römer einen häuslichen Opferdienſt veranſtalten wollte, und ſein dießfallſiges Vorhaben und Gelübde von den **pontifices** genehmigt worden war, (**Cic. pro domo c. 51.**) ſo war er für immer zu dieſem Dienſte verpflichtet, und ſelbſt mit ſeinem Tode durfte derſelbe nicht erlöſchen, zufolge des alten (vielleicht auch in den zwölf Tafeln ausdrücklich ſanctionirten) Grundſatzes: daß die **sacra privata** von beſtändiger Dauer ſeyn ſollten. **Cic. de legib. II. c. 9.** in f. (Vgl. auch **Heimbach de sacror. privat. mortui continuand. apud Roman. necessitate** (Lips. 1827.) §. 2.) Daher nahmen die **Pontifices** an, daß die Verpflichtung zur Erhaltung und Fortſetzung dieſer **sacra** auf dem Vermögen ruhe, und folglich nach dem Tode auf diejenigen übergehe, an welche das Vermögen des Verſtorbenen käme. **Cic. de legib. II. c. 19. u. 21.** Die feyerliche Losſprechung eines Verpflichteten vom Opferdienſte durch die Comitien der Curien hieß nach **Gell. XV. 27.** *sacrorum detestatio*, (welchen Ausdruck jedoch von Savigny a. a. O. S. 401. u. 402. anders erklärt,) und wahrſcheinlich geht darauf auch der bey **Cic. Orator c. 42.** vorkommende Ausdruck: *sacrorum alienatio*. — Im Fortgang der Zeit aber ver-

minderte sich bey den Römern die sorgfältige Beobachtung der **sacra privata**, **Gaj. II. §. 55.**, und seitdem die christliche Religion im Röm. Staate die herrschende geworden war, konnte jener Opferdienst nicht mehr fortbestehen. Es wurden daher schon von Constantin d. G. die **sacrificia domestica** speciell untersagt, **l. 1. pr. Th. C. de pagan.** (XVI. 10.) und von seinen Nachfolgern alle **sacrificia** bey schwerer Strafe verboten. **l. 2. 4 — 13. Th. C. eod.** u. **l. 1 — 4.** u. **l. 7. J. C. eod.** (I. 11.) Nichtsdestoweniger finden sich auch noch in den Constitutionen christlicher Kaiser die Ausdrücke *sacra parentum* oder *sacra paterna* für das Verhältniß der väterlichen Gewalt, z. B. **l. 37. §. 2. C. de inoffic. testam.** (III. 28.) **l. 31. C. de fideicomiss.** (VI. 42.), weil nämlich ehedem die Hauskinder an dem Opferdienst des Vaters Theil hatten.

Zweites Capitel.

Von den juristischen Personen.

§. 46.

A) Allgemeine Bemerkungen über die juristischen Personen [a]).

Die juristischen Personen (über deren Begriff und verschiedene Benennungen vgl. §. 24.) bestehen entweder in einer Mehrheit von Menschen, die zusammen als Eine Person im Rechtssinne betrachtet werden, mögen sie nun gleichzeitig mit und neben einander existiren, wie dieß bey den Gemeinheiten oder Corporationen der Fall ist [b]) (vgl. §. 47.), oder auf einander folgen, wie der Regent, als jeweiliger Inhaber der höchsten Staatsgewalt, und sein Nachfolger [c]), ingleichen ein öffentlicher Beamter und sein Nachfolger im Amte, sofern bey ihnen die amtliche Qualität in Betracht kommt [d]), — oder aber in gewissen Anstalten, Stiftungen, oder Gütern, die durch eine rechtliche Fiction in sofern einer Person gleichgeachtet werden, als ihnen eine gewisse Rechtsfähigkeit zukommt, wie dieß namentlich der Fall ist bey dem Fiscus (vgl. §. 48.), bey Kirchen und andern frommen und gemeinnützigen Stiftungen [e]) (vgl. §. 49.), und sogar bey einer Erbschaft, indem diese, so lange sie vom Erben noch nicht erworben ist (jacet), mittelst einer Rechtsfiction die Person des Verstorbenen vertritt [f]). — Zum Wesen einer juristischen Person überhaupt gehört, daß sie

fähig ſey, Vermögensrechte zu erwerben [g]), in Anſehung des Vermögens verbindlich zu werden [h]), und Repräſentanten oder Stellvertreter für ihre rechtlichen Angelegenheiten zu haben [i]). Daß ſie aber auch in dem nämlichen Grade und Umfange, wie eine phyſiſche Perſon, rechtsfähig ſey, iſt weder erforderlich, noch auch überall möglich [k]). — Die Beſtimmungen des Röm. Rechts über juriſtiſche Perſonen beziehen ſich vorzugsweiſe auf Gemeinheiten oder Corporationen. Das Rechtsverhältniß derſelben ſcheint ſich nach dem Vorbild der Prieſtercollegien entwickelt zu haben, und ihre bürgerliche Exiſtenz und Anerkennung war im ältern Rechte durch die gemeinſame Feyer beſtimmter sacra bedingt [l]). Uebrigens gehört ihre Geſchichte im Ganzen dem öffentlichen Rechte an.

a) Vgl. Dirkſen's Hiſtoriſche Bemerkungen über den Zuſtand der juriſtiſchen Perſonen nach röm. Recht, in Deſſen Civil. Abhandl. B. 2. S. 1 — 143., und Roßhirt über juriſtiſche Perſonen, im Archiv für die Civil. Praxis, B. 10. S. 313 — 328.

b) l. 22. D. de fidejussor. (XLVI. 1.) „ . . . . . personae vice fungitur, sicut municipium, et decuria, et societas.“ l. 25. D. ad municip. (L. 1.) „Magistratus municipales, quum unum magistratum administrent, etiam *unius hominis vicem* sustinent.“

c) l. 56. D. de legat. II. (XXXI.)

d) l. 20. §. 1. D. de annuis legat. (XXXIII. 1.) Nov. 134. c. 6.

e) Anderer Meinung iſt Roßhirt a. a. O. S. 321. fgg., der gemeinnützige Stiftungen gar nicht für eigene juriſtiſche Perſonen, ſondern vielmehr für res ecclesiae oder universitatis hält.

f) pr. I. de stipulat. servor. (III. 17. oder 18.) „ . . . . . hereditas in plerisque *personae defuncti vicem* sustinet.“ §. 2. I. de hered. instit. (II. 14.) „ . . . . . Nondum enim adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti.“ l. 31. §. 1. D. eod. (XXVIII. 5.) l. 15. pr. D. de interrogat. in jure fac. (XI. 1.) l. 34. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) l. 13. §. 5. D. quod vi aut clam. (XLIII. 24.) l. 22. D. de fidejussor. (XLVI. 1.) — Roßhirt a. a. O. S. 320. ſchließt die hereditas von den juriſtiſchen Perſonen aus, weil ſie keinen Repräſentanten habe; allein es kann ja für ſie ein Curator beſtellt werden. l. 3. D. de curator. furios. (XXVII. 10.) l. 1. §. 4. in f. D. de muner. (L. 4.)

g) l. 1. §. 1. D. quod cujusq. universit. nom. (III. 4.) l. 12. D. de servitut. (VIII. 1.) l. 5. §. 7. u. 9. D. de pecun. constit. (XIII. 5.) l. 11. §. 1. D. de usur. (XXII. 1.) l. 2. D. de acquir. possess.

(XLI. 2.) l. 1. l. 3. §. 1. l. 7. u. 8. D. de pollicitat. (L. 12.) — Ulp. XXIV. §. 28. l. 3. §. 4. D. de bonor. possess. (XXXVII. 1.) l. 2. D. de manumiss. quae serv. (XL. 3.) l. 12. C. de hered. instit. VI. 24.) — pr. I. de stipulat. serv. (III. 17. od. 18.) l. 44. §. 3. D. de usurpat. (XLI. 3.) — l. 22. u. l. 23. pr. C. de sacrosanct. eccles. (I. 2.) l. 35. C. de episcop. (I. 3.)

h) l. 27. D. de reb. cred. (XII. 1.) l. 21. §. 1. D. de negot. gest. (III. 5.) l. 8. u. 9. D. quod cujusq. univers. nom. (III. 4.)

i) l. 1. §. 1. u. 3. D. eod. l. 3. D. de curator. furios. (XXVII. 10.) l. 32. C. de episcop. (I. 3.)

k) Ulp. XXII. §. 5. l. un. §. 1. D. de libert. universitat. (XXXVIII. 3.) l. 1. §. 22. D. de acquir. possess. (XLI. 2.) — Vgl. Mühlenbruch's Rechtl. Beurtheil. des Städelschen Beerbungsfalles S. 163., u. Roßhirt a. a. O. S. 317. fgg.

l) Vgl. Dirksen a. a. O. S. 8 — 47.

§. 47.

B) Einzelne besonders hervorzuhebende Arten derselben: 1) Gemeinheiten oder Corporationen.

D. Quod cujusque universitatis nomine, vel contra eam agatur. (III. 4.) — de collegiis et corporibus. (XLVII. 22.)

Eine Gemeinheit oder Corporation (universitas, corpus [a]), collegium [b]), ordo [c]), societas in diesem Sinne [d])) ist der Inbegriff mehrerer, um eines gemeinsamen Zweckes willen [e]) unter öffentlicher Auctorität vereinigter Personen, welche zusammen als Ein Rechtssubject betrachtet werden. Eine besonders wichtige, und in unsern Quellen häufig erwähnte Art der Gemeinheiten sind die städtischen Communen (civitates, respublicae oder municipia [f])), und der umfassendste Verein ist der Staat selbst (ebenfalls civitas oder respublica genannt [g])), dessen jedoch in unsern Quellen darum nur selten Erwähnung geschieht, weil die vermögensrechtlichen Beziehungen desselben mit dem Begriff des fiscus zusammentreffen (§. 48.). — Auf die Gemeinheiten überhaupt beziehen sich nun hauptsächlich folgende Rechtsbestimmungen: 1) Zur Begründung einer Gemeinheit sind wenigstens drey Personen erforderlich [h]). 2) Rechtsgültiger Weise kann eine Gemeinheit nur entweder nach vorhandenen allgemeinen Gesetzen, oder unter specieller Genehmigung der Staatsregierung entstehen [i]). Eine gesetzwidrig gestiftete

Genossenschaft (illicitum collegium) darf nicht nur nicht fortbestehen [k]), sondern es ist auch jeder Theilnehmer den deßhalb gesetzlich bestimmten Strafen unterworfen [l]). Indessen sind von den verbotenen Vereinen diejenigen zu unterscheiden, welche, obschon sie nicht öffentlich bestätiget sind, doch wegen der Unschädlichkeit ihres Zweckes im Staate geduldet werden [m]); nur freylich haben sie keine juristische Persönlichkeit, und es kommen daher einer derartigen Gesammtheit, als solcher, keine Rechte zu [n]), sondern nur den Mitgliedern, als Individuen [o]). 3) Eine auf gehörige Art begründete Gemeinheit kann, als juristische Person, Vermögensrechte erwerben [p]), eine Gesammtcasse (arca communis) haben [q]), aber auch in vermögensrechtlichen Beziehungen verbindlich werden [r]). Das Subject dieser Rechte und Verbindlichkeiten sind nicht die einzelnen Gemeindeglieder, sondern die Gemeinheit selbst, als Ganzes [s]); daher denn auch die Rechte und Verbindlichkeiten der einzelnen Mitglieder von denen der Gesammtheit gesondert bleiben [t]). 4) Ihre Rechtsverhältnisse kann eine Gemeinheit — zufolge einer aus einem Gesetze Solon's in die zwölf Tafeln aufgenommenen Bestimmung, — durch Beschlüsse ihrer Glieder (pactiones, bey den Neuern statuta oder conclusa universitatis genannt,) reguliren; doch darf dadurch das jus publicum (vgl. d. Zusatz zum §. 8.) nicht abgeändert werden [u]). Was durch Stimmenmehrheit in der Gemeinde beschlossen worden ist, gilt für alle Glieder derselben [v]). 5) Zur Verwaltung ihres Vermögens kann eine Gemeinheit eigene Administratoren oder Curatoren haben [x]), und ihre Rechtsangelegenheiten vor und außer Gericht werden durch die von ihr dazu erwählten Stellvertreter (actores oder syndici), welche als Repräsentanten der Gesammtheit, nicht der Einzelnen, anzusehen sind [y]), betrieben [z]). 6) Eine Gemeinheit bleibt die nämliche juristische Person, wenn auch ihre einzelnen Mitglieder im Laufe der Zeit sich ändern [aa]), und besteht überhaupt fort, so lange nur noch Ein Glied derselben vorhanden ist, so daß dann dieses alle Gemeinheits-Rechte und Verbindlichkeiten in sich vereinigt [bb]). 7) Dagegen hört sie auf, theils wenn auch ihr letztes Glied abstirbt [cc]), theils wenn sie sich freywillig auflößt, (insofern dieß nicht aus Rücksicht auf das öffentliche Interesse unzulässig ist,) theils wenn die Staatsregierung sie aufhebt, — was gleich-

ſam eine capitis deminutio oder der bürgerliche Tod einer Gemeinheit iſt [dd]). Daß in das Vermögen einer aufgehobenen Gemeinheit die noch vorhandenen Mitglieder derſelben ſich theilen können [ee]), iſt wohl nur von ſolchen Gemeinheiten, welche nicht zu öffentlichen Zwecken beſtimmt waren, zu verſtehen.

a) Dieſer Ausdruck kommt vorzugsweiſe, jedoch nicht ausſchließlich, für ſtädtiſche Zünfte vor, z. B. l. 1. pr. D. h. t. (III. 4.) l. 17. §. 2. D. de excusat. (XXVII. 1.) l. 10. §. 1. D. de vacat. muner. (L. 5.) l. 5. §. 6. 12. u. 13. D. de jure immunit. (L. 6.)

b) Dieſes Wort wird bald von corpus unterſchieden, z. B. in der Ueberſchrift u. l. 8. §. 1. D. h. t. (XLVII. 22.) l. 10. §. 4. D. de in jus voc. (II. 4.) l. 17. §. 3. u. l. 41. §. 3. D. de excusat. (XXVII. 1.) bald untermengt mit demſelben gebraucht, z. B. l. 1. pr. D. h. t. (III. 4.) l. 20. D. de reb. dub. (XXXIV. 5.) l. 5. §. 12. D. de jure immunit. (L. 6.) Auch kommen bisweilen beyde Wörter in Verbindung mit einander vor: corpus collegii, z. B. l. 1. §. 1. D. h. t. (III. 4.) — Uebrigens ſcheinen im älteſten Sprachgebrauch die Ausdrücke: collegia, sodalitates, sodalitia, ſich vorzugsweiſe auf die Prieſtercollegien bezogen zu haben, vgl. Brisson v. *collegium* No. 2. u. Dirkſen a. a. O. S. 4. u. 5.; doch wurde der letztere Ausdruck ſchon zu Cicero's Zeiten auch für unerlaubte Genoſſenſchaften gebraucht, z. B. in der lex Licinia de sodalitiis. Cic. pro Planc. c. 15. — Daher auch collegia sodalitia für unerlaubte Vereine in d. l. 1. pr. D. h. t. (XLVII. 22.)

c) Dieſer Ausdruck geht vorzugsweiſe auf die Decurionen-Senate, z. B. l. 3. D. h. t. (III. 4.) tit. D. de decret. ab ordine fac. (L. 9.) Vgl. Brisson. v. *ordo* No. 3.

d) l. 1. pr. u. §. 1. D. h. t. (III. 4.) l. 3. §. 4. D. de bonor. possess. (XXVII. 1.) l. 22. D. de fidejussor. (XLVI. 1.) l. 31. §. 1. D. de furt. (XLVII. 2.)

e) Daß dieſer Zweck ein immerwährender ſeyn müſſe, wie man häufig behauptet, iſt weder ausdrücklich in unſern Quellen beſtimmt, noch auch auf alle hierher gehörigen Fälle anwendbar, z. B. auf die societates vectigalium, l. 59. pr. u. l. 63. §. 8. D. pro socio (XVII. 2.); doch kann man es allerdings als den gewöhnlichen Fall anſehen.

f) z. B. Ulp. XXIV. §. 28. l. 15. u. 16. in f. D. de verb. signif. (L. 16.) tit. D. de administrat. rer. ad civitates pertinent. (L. 8.) — l. 9. §. 2. D. eod. l. 1. §. 1. D. h. t. (III. 4.) tit. C. de jure reipubl. (XI. 29.) tit. C. de administrat. rerum public. (XI. 30.) l. 1. C. de vendend. reb. civit. (XI. 31.) l. 1. C. de debitor. civit. (XI. 32.) — Ulp. XX. §. 5. l. 5. pr. D. de legat. III. (XXXII.) l. 29. D. ad municipal. (L. 1.) — Bisweilen werden auch mehrere

dieſer Ausdrücke mit einander verbunden; z. B. respublica municipii, l. 31. §. 1. D. de furt. (XLVII. 2) respublica civitatis, l. 2. C. de advocat. divers. judicior. (II. 7.)

g) z. B. l. 2. §. 1. 2. 4. 7 — 9. 11 — 14. 16. 24. in f. 28. u. 32 — 34. D. de orig. jur. (I. 2.) l. 1. D. de legib. (I. 3.) — prooem. I. §. 7.

h) l. 85. D. de verb. signif. (L. 16.) „Neratius Priscus *tres* facere existimat collegium; et hoc magis sequendum est.“

i) l. 1. pr. D. h. t. (III. 4.) u. l. 3. §. 1. D. h. t. (XLVII. 22.)

k) l. 3. pr. D. eod.

l) l. 2. D. eod. u. l. 1. §. 14. C. de offic. praefecti urbi. (I. 12.)

m) arg. l. 1. §. 1. D. h. t. (XLVII. 22.) l. 9. Th. C. de Judaeis. (XVI. 8.)

n) l. 1. I. C. eod. (I. 9.) l. 8. C. de hered. instit. (VI. 24.)

o) l. 20. D. de reb. dub. (XXXIV. 5.)

p) Vgl. §. 46. Note g).

q) l. 1. §. 1. D. h. t. (III. 4.)

r) Vgl. §. 46. Note h).

s) l. 7. §. 1. D. h. t. (III. 4.) „Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent.“ Doch kann an den Sachen einer universitas allerdings auch den einzelnen Mitgliedern derſelben das Gebrauchs- und Benutzungsrecht zukommen. §. 6. I. de rer. divis. (II. 1.) l. 6. §. 1. D. eod. (I. 8.)

t) l. 10. §. 4. D. de in jus voc. (II. 4.) l. 1. §. 15. D. ad SC. Trebell. (XXXVI. 1.) l. 1. §. 7. D. de quaestion. (XLVIII. 18.)

u) l. 4. D. h. t. (XLVII. 22.) — In Bezug auf die in einem Decurionen-Senate zu faſſenden Beſchlüſſe iſt ausdrücklich beſtimmt, daß ſie nicht anders zu Stande kommen können, als wenn wenigſtens zwey Drittheile ſämmtlicher zuſammenberufener Mitglieder der Curie wirklich erſchienen ſind. l. 2. u. 3. D. de decret. ab ordine fac. (L. 9.) l. 3. D. h. t. (III. 4.) l. 19. pr. D. de tutor. dat. (XXVI. 5.) l. 2. u. 45. (ob. 46.) in f. C. de decurion. (X. 31.) Ob aber dieß Erforderniß auch auf andere Gemeindebeſchlüſſe bezogen werden dürfe, wie man gewöhnlich annimmt, ſteht dahin.

v) l. 160. §. 1. D. de regul. jur. (L. 17.) „Refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem.“ l. 19. D. ad municipal. (L. 1.)

x) l. 10. in f. D. h. t. (III. 4.) l. 3. pr. u. §. 3. u. l. 9. D. de administrat. rer. ad civit. pertin. (L. 8.) l. 12. C. de transact. (II. 4.) l. 2. C. de administrat. rer. public. (XI. 30.)

y) l. 2. D. h. t. (III. 4.) u. l. 10. §. 4. D. de in jus voc. (II. 4.)

z) l. 1. §. 1. u. 2. l. 6. §. 1. u. 3. u. l. 10. D. h. t. (III. 4.) l. 3. §. 4. D. de bonor. possess. (XXXVII. 1.) l. 5. §. 10. D. quod vi

aut olam. (XLIII. 24.) l. 1. §. 2. u. l. 18. §. 13. D. de muner. (L. 4.) — Statt eines actor kann auch der magister universitatis die Rechtsangelegenheiten der Letztern betreiben, l. 9. D. ratam rem haberi. (XLVI. 8.) (vgl. Dirkſen a. a. O. S. 57.), und ſelbſt ein Fremder wird zu dieſem Behufe zugelaſſen, inſofern es zum Vortheil der Gemeinheit gereicht. l. 1. §. 3. D. h. t. (III. 4.) l. 3. §. 4. D. de bonor. possess.

aa) l. 7. §. 2. D. h. t. (III. 4.) „In Decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes iidem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint.“ l. 76. D. de judic. (V. 1.)

bb) l. 7. §. 2. D. cit. „Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur, posse eum convenire et conveniri, quum jus omnium in unum reciderit, et stet nomen civitatis.“

cc) S. die vorige Note.

dd) l. 56. D. de usufruct. (VII. 1) l. 21. D. quib. mod. ususfr. amitt. (VII. 4.)

ee) l. 3. pr. D. h. t. (XLVII. 22.)

Zuſatz. Die Frage, ob Jemand Mitglied mehrerer Gemeinden ſeyn könne? iſt nach der Verſchiedenheit der Letztern verſchieden zu beantworten; nämlich zu bejahen in Bezug auf ſtädtiſche oder ähnliche Communen, vgl. §. 28. Zuſatz 2. und §. 44. Note q), zu verneinen aber in Bezug auf andere Vereine. l. 1. §. 1. D. h. t. (XLVII. 22.) „ . . . . . Non licet autem amplius, quam unum collegium licitum habere, ... “ Ueber den Grund und die Folgen dieſer letztern Regel ſ. Dirkſen a. a. O. S. 84 — 86.

§. 48.

2) Fiscus.

Fragmentum veteris Jurisconsulti de jure fisci.
Paulus V. 12. de jure fisci et populi.
Tit. D. de jure fisci. (XLIX. 14.)
Die gleichlautenden Titel des Herm. C. (3.) d. Th. C. (X. 1.) und d. J. C. (X. 1.)

Fiscus hieß in den erſtern Jahrhunderten der Röm. Kaiſerregierung der Privatſchatz des Kaiſers, und wurde von dem aerarium, als dem öffentlichen oder Staatsvermögen, unterſchieden [a]). In den Fiscus floſſen, außer gewiſſen Abgaben der Römiſchen Bürger überhaupt, insbeſondere auch die Einkünfte aus den kaiſerlichen Provinzen, und es wurden davon

vornehmlich die Koſten der Hofhaltung und für das Heer beſtritten, während dagegen das aerarium zur Beſtreitung der regelmäßigen Staatsausgaben verwendet wurde [b]). Der Kaiſer **Antoninus Caracalla** vermehrte die Einkünfte des Fiscus nicht nur dadurch, daß er, um gewiſſe nur von Römiſchen Bürgern zu entrichtende Abgaben (insbeſondere eine Erbſchaftsabgabe von 5 pr.Ct., die er zugleich auf 10 pr.Ct. erhöhte,) von ſo Vielen, als möglich, zu erheben, alle damaligen freyen Einwohner des Röm. Reichs zu Röm. Bürgern machte [c]), ſondern auch dadurch, daß er alle caduca, die nach der lex **Papia Poppaea** dem aerarium oder andern ihm vorgehenden Perſonen zukamen [d]), in der Regel dem Fiscus vindicirte [e]); und im Fortgang der Zeit wurde, bey der immer weiter um ſich greifenden Macht der Kaiſer, das aerarium ganz mit dem Fiscus verſchmolzen, ſo daß im neuern Röm. Rechte die Ausdrücke: *aerarium* und *fiscus*, (welcher Letztere ungleich häufiger vorkommt,) oder, wie es auch heißt: *sacralissimum aerarium* und *sacratissimus fiscus*, als gleichbedeutend gebraucht werden für den **Staatsſchatz überhaupt** [f]), der in kaiſerlichen Conſtitutionen auch mit dem Ausdruck: *sacrae largitiones* (ſ. a. u.) bezeichnet wird [g]). Die verſchiedenen fiscaliſchen Caſſen oder Bureaux heißen: *stationes* [h]). — Der Fiscus hat nun ſehr viele (bey den betreffenden Lehren anzugebende) Vorrechte; doch iſt in zweifelhaften Fällen eher gegen, als für ihn zu ſprechen [i]). — Der Stellvertreter des Fiscus in Rechtsſtreitigkeiten (Anwalt) heißt fisci patronus oder advocatus fisci [k]).

a) **Tacit. Annal. VI. 2. Plin. Panegyr. c. 36. u. 42. Seneca** de benefic. VII. 6. **Spartian. in Hadrian. c. 7.** — Ueber die urſprüngliche Bedeutung des Wortes *fiscus*, (ein geflochtenes Gefäß oder Korb,) die auch in d. l. 19. §. 2. D. locati (XIX. 2.) vorkommt: „. . . . . *Fiscos* autem, quibus ad premendam oleam utimur. . . . . .“ ſ. **Brisson.** unter dieſem Wort.

b) Vgl. **Glück's** Erläut. d. Pand. Th. 31. S. 226. fgg.

c) **Dio Cass. LXXVII. 9. Collatio XVI. 9. §. 3. u. l. 17. D.** de statu hom. (l. 5.) — Vgl. §. 28. Nr. 2. u. die dazu gehörige Note o).

d) **Tacit. Annal. III. 25. u. 28. Plin. Epist. II. 16. Gaj. II. §. 150. 206. 207. u. 286. u. III. §. 62 in f. Ulp. I. §. 21. XVII. §. 1.**

XVIII. u. XXVIII. §. 7. in f. — l. 13. pr. u. l. 15. §. 1. u. 3. D. h. t. l. un. pr. u. §. 2. C. de caduc. toll. (VI. 51.)

e) Ulp. XVII. §. 2. — Indeſſen werden in einigen Digeſtenſtellen ſchon vor Caracalla's Zeit die caduca auf den Fiscus bezogen, namentlich in d. l. 20. §. 6. u. 7. D. de heredit. petit. (V. 3.) (wo die Worte eines Senatusconſults unter Hadrian angeführt werden,) und l. 9. D. de SC. Silan. (XXIX. 5.) (welche aus Gajus ad Edict. provinc. entlehnt iſt,) und es iſt daher, wenn nicht dieſe Stellen bey der Aufnahme in die Digeſten interpolirt worden ſind, (was z. B. Heineccius in Comment. ad leg. Jul. et Pap. Popp. p. 401. u. 402. glaubt,) entweder anzunehmen, daß einige Arten der caduca ſchon vor Caracalla's Zeit dem Fiscus zugehört haben, (vgl. Schulting Jurispr. Ante-Just. p. 617. not. 11.) oder, was wahrſcheinlicher iſt, daß in jenen Stellen das Wort *fiscus* gleichbedeutend mit *aerarium* genommen ſey, wie auch z. B. in d. l. 96. §. 1. D. de legat. I. (XXX.)

f) Z. B. l. un. §. 13. u. 14. C. de caduc. toll. (VI. 51.) l. 2. pr. u. l. 3. D. de quadrienn. praescript. (VII. 37.) §. 14. I. de usucap. (II. 6.) — Aber auch ſchon in den Digeſten finden ſich hin und wieder die Ausdrücke *aerarium* und *fiscus* untermengt gebraucht, z. B. l. 13. pr. u. l. 15. §. 5. D. h. t. l. 1. §. 9. D. de lege Cornel. de fals. (XLVIII. 10.); doch könnte dabey freylich auch eine Interpolation vorgekommen ſeyn. S. die vorige Note. — Auf den ältern Begriff von fiscus bezieht ſich die Aeußerung Ulpian's in d. l. 2. §. 4. D. ne quid in loco publ. (XLIII. 8.) „..... res enim fiscales quasi propriae et *privatae Principis* sunt."

g) Z. B. l. un. §. 1. C. de offic. comit. sacrar. largit. (I. 32.) l. 2. C. de his, qui ex publ. ration. (X. 6.)

h) l. 1. C. de compensat. (IV. 31.)

i) l. 10. D. h. t. „Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit."

k) l. 33. pr. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.) — l. 11. pr. D. de postul. (III. 1.) l. 5. §. 13. D. de his, quae ut indign. aufer. (XXXIV. 9.) — Mit dieſem ſind jedoch nicht zu verwechſeln die zur Verwaltung der fiscaliſchen Güter und Einkünfte beſtellten Beamten, welche unter verſchiedenen Namen vorkommen, z. B. Procuratores Caesaris, Rationales, in ſpätern Zeiten auch Comites sacrarum largitionum u. ſ. w. Vgl. Glück a. a. O. S. 228 — 230.

Zuſatz. Vom Fiscus iſt das Privat- oder Patrimonial-Vermögen des Kaiſers zu unterſcheiden, wofür die Benennungen vorkommen: *Caesaris ratio, res Caesaris* oder *Principis, privata ratio, privata Imperatoris substantia, privatum patrimonium, res privata, res dominica* u. dgl. l. 6. §. 1. D. h. t. l. 39. §. 10. D. de legat. I. (XXX.) l. 41. pr. D. de excusat. (XXVII. 1.) l. 7. C. de edendo. (II. 1.) l. 3. C. de quadrienn. praescript. (VII. 37.) l. 6. C. de agricol. (XI. 67.) l. 1. C. de offic. comit. rer.

priv. (I. 33.) tit. C. ne rei dominicae etc. (VII. 38.) l. 9. C. h. t. Doch ſind auch dieſem, und ſelbſt dem Privatvermögen der Kaiſerin (Augusta, serenissima oder venerabilis oder divina Augusta) die Vorrechte des Fiscus beygelegt. l. 6. §. 1. D. h. t. l. 3. C. de quadrienn. praescript. u. §. 14. I. de usucap. (II. 6.)

§. 49.

3) Piae causae.

Piae causae [a] (religiosissima oder venerabilia loca [ſ. a. u.] [b]), *εὐσεβεῖς αἰτίαι* [c]), *σεπτοὶ* oder *τίμιοι* oder *σεβάσμιοι* oder *εὐαγεῖς τόποι* oder *οἶκοι* [d]),) deren erſt im neuern Röm. Rechte, nachdem die chriſtliche Religion herrſchend geworden war, Erwähnung geſchieht [e]), heißen ſolche Stiftungen oder Anſtalten, welche entweder einen frommen und religiöſen, oder einen beſonders menſchenfreundlichen, wohlthätigen und gemeinnützigen Zweck haben. Dahin gehören hauptſächlich Kirchen (sanctae oder sacrosanctae ecclesiae), Klöſter (monasteria) und andere Erbauungsorte (asceteria), ferner Waiſenhäuſer (orphanotrophia), Armenhäuſer (ptochotrophia), Krankenhäuſer (nosocomia), Fremdenhoſpitäler (xenones oder xenodochia), Greiſenhoſpitäler (gerontocomia), Kinderhoſpitäler (brephotrophia), u. d. gl. [f]). — Stiftungen dieſer Art können nun zwar auch durch Privatdispoſitionen, insbeſondere durch letztwillige Verfügungen, errichtet werden, z. B. wenn zur Loskaufung von Kriegsgefangenen, oder zur Ernährung und Unterſtützung der Armen, oder zur Erbauung einer Kirche oder eines Hoſpitals, Etwas vermacht wird [g]). Sollen ſie aber ſelbſtſtändige Anſtalten bilden, und für juriſtiſche Perſonen gelten, ſo iſt ihre Beſtätigung durch die Staatsregierung erforderlich [h]). Dergleichen Stiftungen genießen nun, aus Rückſicht auf ihren, einer beſondern Begünſtigung würdigen Zweck, manche Vorrechte [i]), und ſtehen unter der Aufſicht der Biſchöfe [k]).

a) l. 19. C. de sacrosanct. eccles. (I. 2.) — In d. l. 22. pr. C. eod. kommt dafür die Umſchreibung vor: domus, quae piis consortiis deputatae sunt.

b) l. 23. pr. C. eod. §. 7. I. de obligat., quae quasi ex contract. nasc. (III. 27. od. 28.) §. 19. 23. u. 26. I. de action. (IV. 6.) §. 1. I. de poena temer. litig. (IV. 16.)

c) Nov. 131. c. 11 — 13. Dieſer Ausdruck entſpricht ganz dem lateiniſchen: piae causae. Beyde deuten zunächſt den frommen Zweck an, und werden für die frommen Stiftungen ſelbſt ſeltener, als die andern oben angegebenen Ausdrücke gebraucht.

d) Theophil. III. 27. §. 7. IV. 6. §. 19. 23. u. 26. IV. 16. §. 1. — Nov. 120. u. Nov. 121. praef. c. 5. 6. 10. u. 14.

e) Für die heidniſchen Tempel kommen dieſe Ausdrücke eben ſo wenig vor, als für die ſchon vor der Zeit der chriſtlichen Kaiſer bey den Römern vorhanden geweſenen öffentlichen Armen-Anſtalten. Vgl. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 28. S. 267. fgg.

f) l. 19. 22. u. 23. pr. C. de sacros. eccles. (I. 2.) l. 33. §. 7. u. l. 35. C. de episcop. (I. 3.)

g) l. 24. 28. 46. u. 49. C. eod. Nov. 131. c. 10. u. 11.

h) arg. l. 1. pr. D. quod cujusq. universit. nom. (III. 4.) Vgl. auch Mühlenbruch's Beurtheil. des Städelſchen Beerbungsfalles, S. 146. fgg.

i) Z. B. l. 35. C. de episcop. — l. 23. pr. C. de sacros. eccles. Nov. 111. u. Nov. 131. c. 6. — Nov. 120. c. 1. §. 2. c. 6. §. 2. u. 3. — l. 22. C. eod. Nov. 131. c. 5. — Vgl. auch die in der Note b) citirten Stellen der Inſtitutionen.

k) l. 28 l. 46. l. 49. §. 2. C. de episcop. Nov. 131. c. 10 u. 11.

Zweiter Abſchnitt.

Von den Sachen.

Tit. I. de rerum divisione. (II. 1.)
Tit. D. de divisione rerum et qualitate. (I. 8.)

§. 50.

Bedeutungen von res, pecunia, bona, patrimonium und peculium.

Res im weiteſten juriſtiſchen Sinne bezeichnet nicht blos jedes mögliche Rechtsobject [a]), ſondern umfaßt überhaupt Alles, was irgend ein rechtliches Intereſſe hat, mit Ausnahme der Perſon, und wird daher auch auf unkörperliche Dinge, die eine juriſtiſche Beziehung haben, wie Rechtsfälle, Klagen und Rechte überhaupt bezogen [b]). Im engern Sinne aber heißt *res* ein ſolches Rechtsobject, welches im Raume erſcheint, und bleibend iſt, im Gegenſatz von Handlungen oder andern unkörperlichen

Gegenſtänden [c]). — Faſt gleichbedeutend mit res wird auch *pecunia* im weiteſten Sinne auf Alles bezogen, was ein vermögensrechtliches Intereſſe hat [d]). Im eigentlichen Sinne aber bezeichnet *pecunia* das, was wirklich im Vermögen einer Perſon iſt, (nicht alſo, wie res, was blos darin ſeyn kann) [e]); und in einer engern Bedeutung geht dieſer Ausdruck nur auf ſolche Sachen, welche in Quantitäten Gegenſtände des Verkehrs zu ſeyn pflegen, und daher zugewogen, zugezählt oder zugemeſſen werden (im Gegenſatz beſtimmter Individuen) [f]), in der engſten Bedeutung endlich blos auf geprägtes Metall oder baares Geld [g]), was ſpeciell auch numerata pecunia (a. u.) heißt [h]). — Das geſammte Vermögen irgend einer Perſon wird auch mit den Ausdrücken *bona* [i]) und *patrimonium* [k]) (und ähnlichen, ſ. Note [m]),) bezeichnet; doch gehen dieſe Ausdrücke im eigentlichen Sinne nur auf das Vermögen ſolcher, welche nicht alieni juris ſind, während dagegen das Wort *peculium* (offenbar das Diminutivum von *pecunia* [l]),) im techniſchen Sinne nur das Vermögen eines alieno juri subjectus bedeutet [m]). — Uebrigens wird als das Vermögen einer Perſon juriſtiſch nur das betrachtet, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt [n]).

a) l. 5. pr. D. de verb. signif. (L. 16.)

b) l. 23. D. eod. „*Rei* appellatione et causae, et jura continentur.“ Hieraus iſt es zu erklären, daß *res* bisweilen ſpeciell eine Leiſtung oder Zahlung bedeutet, z. B. l. 1. §. 2. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) „re contrahitur obligatio ....“ §. 2. I. eod. (III. 13. od. 14.), ingleichen eine unerlaubte Handlung, z. B. pr. I. de obligat., quae ex delict. nasc. (IV. 1.) „.... *ex re* nascuntur, i. e. ex ipso maleficio ....“, ferner einen Rechtsſtreit (lis), z. B. l. 3. §. 4. D. de liber. exhib. (XLIII. 30.) u. ſ. w. Vgl. überhaupt Brisson. v. *res*.

c) §. 7. I. de verb. obligat. (III. 15. od. 16.)

d) Gaj. III. §. 124. in f. l. 178. pr. u. l. 222. D. de verb. signif. „*Pecuniae* nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res, tam soli, quam mobiles, et tam corpora, quam jura continentur.“

e) l. 5. pr. D. eod. „*Rei* appellatio latior est, quam *pecuniae*, quae etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet, quum *pecuniae* significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt.“ In dieſem Sinne kam das Wort *pecunia* ſchon in den zwölf Tafeln vor: „Uti legassit super *pecunia* ....“ Ulp. XI. §. 14. Vgl. auch l. 77. §. 24. D. de legat. II. (XXXI.) u. l. 13. C. de testam. (VI. 23.)

f) l. 30. pr. D. de legat. I. (XXX.) l. 2. §. 1. C. de constitut. pec. (IV. 18.)

g) §. 2. I. de usufruct. (II. 4.) l. 5. D. de usufr. car. rer. (VII. 5.) l. 22. in f. C. de administr. tutor. (V. 37.)

h) §. 2. I. cit. l. 7. §. 3. D. de SC. Macedon. (XIV. 6.) l. 1. pr. D. de condict. tritic. (XIII. 3.)

i) l. 49. D. de verb. signif. (L. 16.) „. . . . . In *bonis* autem nostris computari sciendum est, non solum quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sint. Aeque *bonis* adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus; nam haec omnia in *bonis* esse videntur.“ — Vorzugsweiſe wird der Ausdruck *bona* auf das von einem Verſtorbenen hinterlaſſene Vermögen bezogen. l. 1. u. 3. pr. D. de bonor. possess. (XXXVII. 1.) — Uebrigens wird auch zwiſchen den Redensarten: *in bonis esse* und *ex bonis esse*, ein Unterſchied gemacht, ſo daß jene auf das geht, woran man das Eigenthumsrecht hat, dieſe aber auf das, woran man zwar den Beſitz, und alſo ein rechtliches Intereſſe, nicht aber das Eigenthumsrecht hat. l. 2. §. 22. D. vi bonor. rapt. (XLVII. 8.) — Eine engere Bedeutung hatte im ältern Recht der Ausdruck: *in bonis esse* oder *habere*, im Gegenſatz des: *ex jure Quiritium esse* oder *habere* (z. B. Ulp I. §. 16.); was in die Lehre vom Eigenthum gehört.

k) Z. B. l. 1. D. de usufruct. car. rer. (VII. 5.) l. 3. §. 2. D. de bonor. possess. (XXXVII. 1.) Der Etymologie nach bezeichnet *patrimonium* das vom Vater oder den Voreltern ererbte Vermögen, vgl. Brisson. unter dieſem Wort; doch wird es im juriſtiſchen Sprachgebrauch auf alles Vermögen ohne Unterſchied bezogen, und ſelbſt auf das von der Mutter her erworbene (maternum patrimonium). l. 1. §. 1. Th. C. de matern. bon. (VIII. 18.) — Auch vom Vermögen juriſtiſcher Perſonen wird dieſer Ausdruck gebraucht. l. 72. §. 1. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) u. l. 2. §. 4. D. ne quid in loc. public. (XLIII. 8.)

l) l. 5. §. 3. D. de pecul. (XV. 1.) „*Peculium* dictum est quasi pusilla pecunia, sive patrimonium pusillum.“

m) l. 5. §. 4. D. eod. „*Peculium* autem Tubero quidem sic definit . . . .: quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet . . . .“ §. 10. I. de action. (IV. 6.) „ . . . . *peculio* tenus, quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum, ...“ l. 182. D. de verb. signif. „Paterfamilias liber peculium non potest habere, quemadmodum nec servus bona.“ l. 37. §. 2. C. de inoff. testam. (III. 28.) Im uneigentlichen Sinne wird indeſſen *peculium* eben ſo, wie patrimonium, oder pecunia, oder bona, (oder andere ähnliche Ausdrücke, namentlich: *familia* [ſ. §. 29. Zuſatz 1. Nr. 1.], *facultates, census, fortunae, substantia, mea et tua*, u. d. gl.) vom Vermögen überhaupt gebraucht. l. 14. §. 8. l. 16. pr. u. l. 30. §. 1. D. ad SC. Trebell. (XXXVI. 1.) u. l. 91. D. de verb. signif. — In einer eigenthümlichen Bedeutung heißt *peculium* das nicht zur dos gehörige Vermögen einer Frau, Vatic. Fr. §. 112 u. 254. l.

9. §. 2. D. de jure dot. (XXIII. 3.) u. l. 31. §. 1. D. de donat. (XXXIX. 5.), und im vulgären Sprachgebrauch wird *peculium* das genannt, was man ſich zur Aushülfe für Nothfälle zurücklegt, alſo Spaar- oder Nothpfennig. l. 79. §. 1. D. de legat. III. (XXXII.)

n) l. 39. §. 1. D. de verb. signif. „*Bona* intelliguntur cujusque, quae deducto aere alieno supersunt.“ l. 72. pr. D. de jure dot (XXIII. 3.) l. 2. §. 1. D. de collat. (XXXVII. 6.) l. 11. D. de jure fisci (XLIX. 14.)

Zuſatz. Sehr häufig und in verſchiedenen Verbindungen kommt in unſern Quellen der Ausdruck vor: *in rem*, zur Bezeichnung deſſen, was nicht auf eine beſtimmte Perſon (in personam) beſchränkt iſt, ſondern allgemein gilt, oder allgemeine Anwendbarkeit hat, z. B. l. 5. pr. D. usufructuar. quemadm. cav. (VII. 9.) l. 5. §. 2. D. de pecun. constit. (XIII. 5.) l. 10. D. de oper. nov. nunciat. (XXXIX. 1.) l. 5. §. 3. D. quib. ex caus. in possess. eat. (XLII. 4.) l. 12. pr. D. de reb. auctorit. jud. possid. (XLII. 5.) Daher die techniſchen Benennungen: *in rem actio* (a. u.), §. 1. u. 13. I. de action. (IV. 6.) l. 5. §. 15. D. de reb. eor., qui sub tutel. (XXVII. 9.), *in rem exceptio* (a. u.), l. 2. §. 2. u. l. 4. §. 33. D. de doli mali except. (XLIV. 4.), *in rem pactum* (n. a. u.), l. 7. §. 8. l. 21. §. 5. l. 27. §. 10. l. 57. §. 1. D. de pact. (II. 14.) u. ſ. w.

§. 51.

Verſchiedenheiten der Sachen.

A) Res in nostro patrimonio und extra nostrum patrimonium.

Während Gajus als die oberſte Eintheilung der Sachen die in res divini juris und humani juris vorträgt, und die Letztern wiederum in publicae und privatae eintheilt [a]), wird dagegen in Juſtinian's Inſtitutionen der Unterſchied zwiſchen ſolchen Sachen, welche im privatrechtlichen Vermögen ſind (res, quae in nostro patrimonio sunt, res privatae oder singulorum), und ſolchen, welche ſich außerhalb des privatrechtlichen Vermögens befinden (quae extra nostrum patrimonium habentur), an die Spitze der Lehre von den Sachen geſtellt [b]). Die Letztern ſind nun entweder von der Art, daß ſie niemals in das privatrechtliche Vermögen kommen können, wie z. B. die res communes omnium, oder von der Art, daß ſie, obgleich ſie jetzt nicht im privatrechtlichen Vermögen ſind, doch durch eine Veränderung darein gebracht werden können, z. B. die publicae res [c]). Ueberhaupt gehören zu den außerhalb des

privatrechtlichen Vermögens befindlichen Sachen hauptsächlich folgende: res divini juris (§. 52.) res communes omnium (§. 55.), res publicae und universitatis (§. 56.). Von allen diesen Sachen, so wie auch von denen des Regenten [d]), gilt, jedoch unter gewissen Modificationen [e]), die Regel: daß sie nicht im bürgerlichen Verkehr (commercium) sind, und mithin nicht Gegenstände von Rechtsgeschäften unter Privatpersonen seyn können, selbst nicht mit Rücksicht auf den Fall, daß sie dereinst durch irgend eine Veränderung fähig werden sollten, im privatrechtlichen Vermögen zu seyn [f]). Außerdem giebt es auch einige Sachen, deren Besitz und Verkehr aus policeylichen oder staatswirthschaftlichen Rücksichten den Privatpersonen im Allgemeinen untersagt ist [g]). Dagegen sind vom bürgerlichen Verkehr weder herrenlose, noch auch zukünftige Sachen (§. 57.) ausgeschlossen, insofern bey beyden Arten keine andere rechtliche Beziehung derselben der Möglichkeit des Privaterwerbs und Privatverkehrs entgegensteht.

a) Gaj. II. §. 2. l. 1. pr. D. h. t.

b) pr. I. h. t. Uebrigens erwähnt auch schon Gajus II. §. 1. diesen Unterschied, noch ehe er auf die Eintheilung der Sachen, welche er als die oberste bezeichnet, übergeht.

c) §. 2. I. de inutil. stipulat. (III. 19. od. 20.) l. 83. §. 5. D. de verb. obligat. (XLV. 1.)

d) l. 39. §. 8. u. 10. D. de legat. I. (XXX.) Vgl. §. 48. nebst dem dazu gehörigen Zusatz.

e) Dergleichen kommen namentlich bey Sachen, die zum Staatsvermögen, oder auch zum Vermögen einer Stadt gehören, vor. l. 12. §. 2. D. de Public. in rem act. (VI. 2.) l. 72. §. 1. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.)

f) §. 2. I. de inutil. stipulat. (III. 19. od. 20.) l. 6. pr. u. l. 34. §. 1. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 39. §. 8. u. 10. D. de legat. I. (XXX.) l. 83. §. 5. u. l. 137. §. 6. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) tit. C. ne rei domin. vindic. (VII. 38.)

g) Aus policeylichen Rücksichten z. B. schädliche oder verbotene Bücher (libri improbatae lectionis), l. 4. §. 1. D. famil. ercisc. (X. 2.), aus staatswirthschaftlichen Rücksichten z. B. die im tit. C. quae res venire non poss. (IV. 40.) erwähnten Gegenstände.

Zusatz. Von solchen Sachen, welche nicht im bürgerlichen Verkehr sind, heißt es im Röm. Recht: *commercium eorum non est.* l. 6. pr. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 39. §. 10. D. de legat. I. (XXX.) Davon ist zu unterscheiden, wenn es von einer Person heißt: *rei commercium non habet*, d. h. sie hat nicht die Fähigkeit, eine

Sache zu erwerben, wenn auch gleich diese Sache überhaupt Gegenstand des bürgerlichen Verkehrs seyn sollte. l. 40. D. eod. l. 49. §. 2. D. de legat. II. (XXXI.) l. 62. D. de acquir. rer. domin. (XLI. 1.) l. 34. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) (Ueber das commercium im subjectiven Sinne s. Ulp. XIX. §. 5. und Theophil. III. 19. §. 2.) — Uebrigens werden in der l. 6. pr. D. de contrah. emt. die sacra et religiosa loca von denen, „quorum commercium non sit, ut publica," unterschieden; doch leidet es keinen Zweifel, daß auch jene Arten der res divini juris dem bürgerlichen Verkehr gänzlich entzogen sind. §. 7. I. h. t. l. 9. §. 5. D. h. t. l. 39. §. 9. D. de legat. I. l. 9. D. de usurpat. (XLI. 3.)

§. 52.

Hauptsächliche Arten der dem bürgerlichen Verkehr entzogenen Sachen.

1) Res divini juris: α) Sacrae res.

Res divini juris (s. a. u.) heißen alle Sachen, bey denen eine religiöse Beziehung eintritt; und in deren Gegensatze heißen alle übrigen Sachen: *res humani juris* (n. a. u.) [a]). Die Erstern werden auch speciell bezeichnet als Sachen, welche nullius in bonis seyen [b]), (was aber freylich auch bey manchen andern Sachen vorkommt.) Die einzelnen Arten der res divini juris sind: die *sacrae res* (a. u.), die *religiosae res* (a. u.), und gewissermaaßen auch die *sanctae res* (a. u.) [c]). — *Sacrae res* hießen ursprünglich bey den Römern solche Sachen, welche den obern Göttern geweiht waren [d]). Die Weihung mußte unter der Auctorität des Röm. Volks durch Pontifices geschehen. Was daher in den Provinzen nicht unter der Auctorität des Röm. Volks geweiht worden war, das war eigentlich nicht sacrum, wurde jedoch nach den Grundsätzen der sacrae res beurtheilt, und war also auch dem Privatverkehr entzogen [e]). Seitdem nun die christliche Religion im Röm. Staate herrschend geworden war, mußte natürlich die Beziehung jener Sachen auf die obern Götter wegfallen; und es heißen daher im neuern Röm. Recht *sacrae res* solche Sachen, welche der Gottheit auf feyerliche Weise geweiht, und zum Gottesdienst bestimmt sind [f]). Sie sind keiner Schätzung nach Gelde unterworfen [g]), und dürfen in der Regel nicht veräußert oder verpfändet werden, außer in Nothfällen, nämlich zur Los-

kaufung von Gefangnen und zur Tilgung der Schulden einer Kirche [h]). Uebrigens bleibt ein geweihter Ort auch nach Niederreißung des darauf errichteten Gebäudes ein locus sacer, wenn er nicht etwa von den Feinden in Beſchlag genommen worden iſt [i]).

a) Gaj. I. §. 2. l. 1. pr. D. h. t. Dafür kommen auch die kürzern Bezeichnungen: *divinae res* und *humanae* oder *res hominum* vor. l. 1. pr. D. de interdict. (XLIII.) 1.) — Im neuern Röm. Rechte werden aber auch die Sachen einer frommen oder milden Stiftung *res divinae*, im Gegenſatz der *humanae*, genannt. l. 22. pr. in f. C. de sacros. eccles. (I. 2.)

b) Z. B. Gaj. II. §. 9. l. 1. pr. l. 6. §. 2. D. h. t. §. 7. u. 10. I. h. t.

c) Gaj. II. §. 3. u. 8. l. 1. pr. D. h. t. §. 7. u. 10. I. h. t.

d) Gaj. II. §. 4. „*Sacrae* sunt, quae Diis superis consecratae sunt."

e) Id. II. §. 5. u. 7. in f.

f) §. 8. I. h. t. „*Sacra* sunt, quae rite et per pontifices Deo consecrata sunt, veluti aedes sacrae, et dona, quae rite ad ministerium Dei dedicata sunt, ..." l. 6. §. 3. D. h. t. — Was alſo Jemand für ſich, ohne öffentliche Auctorität, einweiht, wird nicht sacrum, ſondern bleibt profanum. l. 6. §. 3. D. cit. u. §. 8. I. cit.

g) l. 9. §. 5. D. h. t.

h) §. 8. I. cit. l. 21. C. de sacros. eccles. (I. 2.) Nov. 7. c. 8. u. Nov. 120. c. 10. — Ob als eine dritte Ausnahme auch noch der Fall der Veräußerung zur Ernährung der Armen bey einer Hungersnoth angenommen werden dürfe, hängt davon ab, ob in d. l. 21. C. cit. nach den Worten: „excepta videlicet causa captivitatis," die in manchen Handſchriften und Ausgaben folgenden Worte: „*et famis*," ächt ſind, oder nicht.

i) §. 8. in f. I. h. t. 73. pr. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 6. §. 3. D. h. t. l. 36. D. de religios. (XI. 7.) — Uebrigens iſt von einem sacer locus zu unterſcheiden: *sacrarium*, d. h. ein Ort, wo Heiligthümer aufbewahrt werden („locus, in quo sacra reponuntur"), was auch in einem Privatgebäude geſchehen kann. Durch Hinwegnahme der Heiligthümer hört ein ſolcher Ort auf, eine religiöſe Beziehung zu haben. l. 9. §. 2. D. h. t.

Zuſatz. Verſchieden von den sacrae res ſind die *ecclesiasticae res* (a. u.), d. h. ſolche Sachen, welche zwar im Eigenthume einer Kirche ſind, aber nicht unmittelbar beym Gottesdienſte gebraucht werden, und daher auch nicht geweiht ſind, z. B. Grundſtücke einer Kirche. Dieſe ſind zwar nicht ſchlechthin dem Verkehr entzogen, dürfen jedoch eben ſo, wie die Sachen anderer frommer oder gemeinnütziger Stiftungen, nur in dringenden Fällen, oder um eines bedeutenden Nutzens willen, und unter Beobachtung der geſetzlichen Form, veräußert werden. l. 14. u. 17. C. de sacros. eccles. (I. 2.) Nov. 7. u. 120.

§. 53.

β) Religiosae res.

Außer den zu Anfange dieses Abschnitts angeführten Titeln gehören hierher auch:

Tit. D. de religiosis (et sumtibus funerum etc.) (XI. 7.)
Der gleichlautende Titel des Codex. (III. 44.)

Religiosae res hießen ursprünglich bey den Römern solche Sachen, welche den Manen Verstorbener gewidmet waren [a]), also die Grabstätten (sepulcra) [b]). Zu einer religiosa res kann ein Ort durch eine Privathandlung gemacht werden, sobald nämlich Jemand einen Leichnam an einen ihm zugehörigen Ort, oder auch, unter Genehmigung des Eigenthümers, an einen fremden Ort legt [c]). In den Provinzen konnte jedoch nach der Meinung der meisten Röm. Juristen ein Ort eigentlich nicht religiosus werden, weil der gesammte Provincial-Boden im Eigenthum des Röm. Volks oder Kaisers war, und Privatpersonen nur Besitz und Nießbrauch daran haben konnten [d]). Indessen wurde doch auch in den Provinzen ein Ort, wohin ein Leichnam gelegt worden war, einem religiosus locus gleichgeachtet [e]). Auch cenotaphia (d. h. Ehrengrabstätten, ohne wirkliche Einlegung des Leichnams,) galten nach der Meinung mancher Röm. Juristen für loci religiosi [f]); doch entschied ein Rescript der Divi fratres (d. h. des M. Aurel. Antonin. und seines Bruders, Lucius Verus,) für das Gegentheil [g]), und es ist demnach ein cenotaphium Gegenstand des freyen Verkehrs [h]). Ist ein Verstorbener an mehrern Orten begraben, so wird nur der Ort ein religiosus locus, wohin der vornehmste Theil des menschlichen Körpers, d. h. der Kopf, gelegt worden ist [i]). — Seit der Aufnahme der christlichen Religion im Röm. Staate mußte natürlich die Beziehung der Grabstätten auf die Dii Manes wegfallen; doch wurden im Uebrigen die Grundsätze, welche vorher von den Grabstätten galten, beybehalten. Auch kommt im neuern Röm. Recht nichts mehr darauf an, wo die Grabstätten gelegen sind, da Justinian den ehemaligen Unterschied zwischen dem Italischen und dem Provincial-Boden aufgehoben hat [k]). — Uebrigens hört ein Grab auf, eine res religiosa zu seyn, wenn die Ueberbleibsel des Verstorbenen

unter öffentlicher Auctorität anders wohin gebracht [l]), oder der Ort von den Feinden in Beſchlag genommen worden iſt [m]).

a) Gaj. II. §. 4. „. . . . . *religiosae*, quae Diis Manibus relictae sunt.“

b) l. 2. §. 5. D. h. t. (XI. 7.) „*Sepulcrum* est, ubi corpus ossave hominis condita sunt. Celsus autem ait, non totus, qui sepulturae destinatus est, locus religiosus fit, sed quatenus corpus humatum est.“

c) Gaj. II. §. 6. l. 6. §. 4. D. h. t. (I. 8.) §. 9. I. h. t. l. 2. C. h. t. Ein ſolcher Ort, wohin noch kein Leichnam gelegt worden iſt, heißt *purus* locus (a. u.) l. 2. §. 4. D. h. t. (XI. 7.) Ein practiſcher Unterſchied zwiſchen einem communis locus purus und einem commune sepulcrum wird im §. 9. I. h. t. angegeben: „. . . . in communem autem locum purum, invito socio, inferre non licet; in commune vero sepulcrum etiam invitis ceteris licet inferre.“

d) Gaj. II. §. 7. Doch war dieß auf die liberae civitates nicht anwendbar. Vgl. von Savigny in d. Zeitſch. f. geſchichtl. Rechtswiſſ. B. 5. S. 257. Not. *).

e) Gaj. l. c.

f) l. 6. §. 5. D. h. t. (I. 8.) — l. 2. §. 6. u. l. 42. D. h. t. (XI. 7.) „*Monumentum* generaliter res est memoriae causa in posterum prodita; in qua si corpus vel reliquiae inferantur, fiet sepulcrum, si vero nihil eorum inferatur, erit monumentum memoriae causa factum, quod Graeci κενοτάφιον (inane sepulcrum) appellant.“ Indeſſen wird monumentum bisweilen auch für ein wirkliches Grabmal (sepulcrum) genommen, z. B. l. 4. C. h. t. l. 14. C. de legat. (VI. 37.)

g) l. 7. D. h. t. (I. 8.)

h) l. 6. §. 1. D. h. t. (XI. 7.)

i) l. 44. pr. D. eod.

k) l. un. C. de usucap. transform. (VII. 31.)

l) l. 44. §. 1. D. h. t. (XI. 7.) l. 1. u. 14. C. h. t.

m) l. 36. D. eod.

Zuſatz. Obgleich die Grabſtätten nach der ausdrücklichen Vorſchrift eines Senatsſchluſſes dem bürgerlichen Verkehr entzogen ſind, l. 12. §. 1. D. h. t. (XI. 7.) l. 2. 4. u. 9. C. h. t., ſo iſt dieß doch nicht der Fall mit dem Rechte, einen Leichnam in eine Grabſtätte zu legen; vielmehr kann dieſes Recht Gegenſtand eines Vermächtniſſes ſeyn. l. 14. C. de legat. (VI. 37.) Eben ſo iſt auch ein Grabmal, worein noch kein Leichnam gelegt iſt (monumentum purum), noch dem freyen Verkehr unterworfen. l. 6. §. 1. D. h. t. (XI. 7.) — Ueber den Unterſchied zwiſchen *familiaria* sepulcra und *hereditaria* ſ. l. 5. u. 6. pr. D. eod. u. l. 4. 8. u. 13. C. h. t.

§. 54.

γ) Sanctae res.

Sanctae res heißen überhaupt solche Sachen, welche durch härtere Strafen gegen Verletzungen geschützt sind [a]). Als Beyspiele davon werden in unsern Quellen Stadtmauern und Thore angeführt [b]), deren Heiligkeit mit den religiösen Ceremonien in Verbindung steht, welche im Alterthum bey der Begründung einer Stadt oder Colonie beobachtet wurden [c]).

a) l. 8. pr. u. §. 1. D. h. t. (I. 8.) „*Sanctum* est, quod ab injuria hominum defensum atque munitum est. Sanctum autem dictum est a sagminibus. Sunt autem *sagmina* quaedam herbae, quas legati populi Romani ferre solent, ne quis eos violaret, ...“ l. 9. §. 3. D. eod. „Proprie dicimus *sancta*, quae neque sacra, neque profana sunt, sed sanctione quadam confirmata, ut leges sanctae sunt, sanctione enim quadam sunt subnixae; . . . .“ §. 10. I. h. t. „. . . . ideo et legum eas partes, quibus poenas constituimus adversus eos, qui contra leges fecerint, *sanctiones* vocamus.“

b) Gaj. II. §. 8. l. 1. pr. l. 8. §. 2. l. 9. §. 4. D. h. t. §. 10. I. h. t. „. . . . . ideo autem muros sanctos dicimus, quia poena capitis constituta sit in eos, qui aliquid in muros deliquerint.“ — l. 11. D. h. t. „Si quis violaverit muros, capite punitur, sicuti si quis transscendet scalis admotis vel alia qualibet ratione; nam cives Romanos alia, quam per portas, egredi non licet, quum illud hostile et abominandum sit; nam et Romuli frater Remus occisus traditur ob id, quod murum transscendere voluerit.“ — Daß jedoch Stadtmauern und Thore nach dem Röm. Recht nicht die einzigen Beyspiele der sanctae res sind, ergiebt sich aus der l. 2. D. ne quid in loc. sac. fiat. (XLIII. 6.) „In muris itemque portis, et *aliis sanctis locis*. . . . .“

c) Vgl. Heinecc. Antiquitat. Roman. II. 1. §. 9—11.

Zusatz. Von den drey Begriffen: *sacrum*, *sanctum* und *religiosum* bemerkt Festus v. *religiosus* nach Aelius Gallus, daß sie nicht überall scharf von einander gesondert seyen, sondern in der Anwendung bey manchen Gegenständen zusammentreffen könnten. Denn was sacrum sey, gelte gewöhnlich auch für sanctum, u. s. w. Eben so stellt Festus auch *religiosum* ac *sacrum* zusammen, und führt als Beyspiele an: „templa omnia atque aedes, quae etiam sacratae dicuntur.“ — Auch im neuern Röm. Recht heißt z. B. eine Kirche nicht blos sancta oder sacrosancta ecclesia, sondern auch *religiosa* ecclesia, z. B. l. 14. pr. C. de sacros. eccles. (I. 2.)

§. 55.

2) Communia omnium.

Res communes omnium (oder nach dem Röm. Sprachgebrauch vielmehr: *communia omnium*, a. u.) heißen diejenigen Sachen, an welchen alle Menschen schon nach dem natürlichen Rechte ein gleiches Benutzungsrecht haben. Dahin werden im Röm. Rechte gerechnet: die Luft, das vorbeyfließende Wasser, das Meer und die Ufer desselben [a]). Die Letztern erstrecken sich so weit, als die größte Meeresfluth zur Winterszeit zu reichen pflegt [b]). Diese Sachen können nun zwar im Ganzen niemals von Einzelnen ausschließend erworben werden, wohl aber theilweise. So kann man z. B. im Meere, oder am Ufer desselben etwas erbauen, mit der Wirkung, daß man das Privateigenthum daran erlangt [c]). Auch die Luftsäule über einem bestimmten Grund und Boden ist als Zubehör desselben anzusehen, so daß kein Nachbar, ohne ein besonderes Recht dazu erworben zu haben, einen Theil seines Gebäudes bis in die Luftregion des andern Nachbarn vorrücken darf [d]).

a) §. 1. I. h. t. „Et quidem naturali jure communia sunt omnium haec: aër, aqua profluens, et mare et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et aedificiis abstineat, quia non sunt juris gentium, sicut et mare.“ §. 5. I. eod. „Litorum quoque usus publicus juris gentium est, sicut ipsius maris; et ob id quibuslibet liberum est, casam ibi imponere, in qua se recipiant, sicut retia siccare, et ex mari deducere. Proprietas autem eorum potest intelligi nullius esse, sed ejusdem juris esse, cujus et mare, et, quae subjacent mari, terra vel arena.“ l. 2. 3. 4. pr. u. l. 5. §. 1. D. h. t. l. 51. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 3. §. 1. u. l. 4. D. ne quid in loc. public. (XLIII. 8.) Doch werden die Meeresufer, so weit sie an Röm. Gebiet grenzen, als Röm. Staatseigenthum betrachtet. l. 3. pr. D. eod. „Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror.“ Vgl. Mühlenbruch's Lehrb. d. Pand. §. 217. Not. 5).

b) §. 3. I. h. t. l. 96. pr. u. l. 112. D. de verb. signif. (L. 16.) In der l. 96. pr. cit. heißt es: „*Litus* est, quousque maximus fluctus a mari pervenit; *idque* Marcum Tullium *ajunt, cum arbiter esset, primum constituisse.*“ Gleichwohl legt Cicero selbst Top. c. 7. in f. die Definition von litus dem Aquilius bey: „. . . . . Solebat

igitur Aquillius . . . . . quaerentibus . . . . . quid esset *litus*, ita definire: *qua fluctus eluderet* . . .“

c) §. 1. in f. I. h. t. l. 5. §. 1. l. 6. pr. u. l. 10. D. h. t. l. 1. §. 18. D. de oper. nov. nunciat. (XXXIX. 1.) l. 14. pr. l. 30. §. 4. u. l. 50. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.)

d) l. 22. §. 4. D. quod vi aut clam. (XLIII. 24.) l. 29. §. 1. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) l. 1. §. 1. u. l. 2. in f. D. de servitut. praed. urban. (VIII. 2.)

§. 56.

3) Publicae und universitatis res.

Publicae res (a. u.) heißen ſolche Sachen, welche im Eigenthume eines Staates oder Volkes ſind; und inſofern dabey das Römiſche Volk im Betracht kommt, heißen ſie auch vollſtändiger: *res publicae populi Romani* [a]); jedoch auch in dieſer Beziehung *publica* ſchlechthin [b]). Dergleichen Sachen ſind nun entweder von der Art, daß ihre Benutzung jedem Staatsbürger freyſteht (vorzugsweiſe publica genannt, oder quae in publico usu habentur, oder in usu publico sunt, oder quae publico usui [oder publicis usibus] destinata sunt [c]),) oder von der Art, daß ſie zum Beſten des Ganzen beſtimmt und der Benutzung der einzelnen Staatsbürger nicht unterworfen ſind (pecunia oder patrimonium populi oder patrimonium fisci [d])). Zu den Staatsgütern der erſtern Art gehören z. B. die öffentlichen Straßen, die öffentlichen Flüſſe, Häfen u. dgl. [e]). Auch an den Ufern eines Fluſſes findet eben ſo, wie am Fluſſe ſelbſt, ein öffentlicher Gebrauch Statt; doch ſteht das Eigenthum daran denen zu, mit deren Grundſtücken ſie zuſammenhängen [f]). Zu den Staatsgütern der letztern Art aber gehören z. B. die Staatscaſſen, und überhaupt alle zur Beſtreitung der Staatsbedürfniſſe beſtimmten Güter und Einkünfte [g]). — ***Universitatis res*** heißen ſolche Sachen, welche im Eigenthum einer Gemeinheit ſind. Dieſe ſind eben ſo, wie die Staatsgüter, entweder von der Art, daß ihr Gebrauch jedem Gemeindegliede freyſteht (vorzugsweiſe universitatis res, oder im Bezug auf Städte auch communia civitatum genannt), z. B. die öffentlichen Plätze oder Gebäude einer universitas, oder von der Art, daß ſie für die Zwecke des Ganzen beſtimmt

ſind, ohne dem Gebrauch der einzelnen Gemeindeglieder offen zu ſtehen (ſogen. patrimonium universitatis), z. B. die Gemeindecaſſe [h]). Uebrigens werden auch Sachen einer universitas, und insbeſondere die der Städte, *publicae res* oder *publica* ſchlechthin genannt; aber freylich nur uneigentlich [i]).

a) l. 9. D. de usurpat. (XLI. 3.)

b) l. 15. u. 16. D. de verb. signif. (L. 16.) S. auch Note i).

c) §. 5. I. de emt. et vendit. (III. 23. od. 24.) l. 6. pr. u. l. 72. §. 1. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 2. §. 5. D. ne quid in loc. publ. (XLIII. 8.) l. 17. pr. D. de verb. signif.

d) l. 6. pr. u. l. 72. §. 1. D. de contrah. emt. l. 14. pr. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.)

e) §. 2. I. h. t. „Flumina autem omnia et portus publica sunt; ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque.“ l. 4. §. 1. D. h. t. l. 24. pr. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) l. 2. D. de via publ. (XLIII. 11.) — l. 2. §. 22. D. ne quid in loco publ. (XLIII. 8.) „. . . . *Publicas vias* dicimus, quas Graeci βασιλικὰς (regias), nostri praetorias, alii consulares vias appellant. *Privatae* sunt, quas agrarias quidam dicunt. *Vicinales* sunt viae, quae in vicis sunt, vel quae in vicos ducunt. Has quoque publicas esse quidam dicunt; quod ita verum est, si non ex collatione privatorum hoc iter constitutum est; . . . .“ l. 1. §. 3. D. de flumin. (XLIII. 12.) „Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non; *publicum flumen* esse Cassius definit, quod perenne sit; . . . .“

f) §. 4. I. h. t. „Riparum quoque usus publicus est juris gentium, sicut ipsius fluminis; itaque navem ad eas applicare, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere, cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. Sed proprietas earum illorum est, quorum praediis adhaerent; qua de causa arbores quoque in hisdem natae eorundem sunt.“ — l. 5. pr. D. h. t. — l. 15. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) — l. 1. §. 5. D. de flumin. (XLIII. 12.) „*Ripa* autem ita recte definietur: id, quod flumen continet, naturalem rigorem cursus sui tenens.“ l. 3. §. 1. u. 2. D. eod.

g) Vgl. §. 48.

h) §. 6. I. h. t. u. l. 6. §. 1. D. h. t. — l. 1. §. 1. D. quod cujusq. universitat. nom. (III. 4.)

i) l. 1. pr. in f. D. h. t. l. 15. D. de verb. signif. (L. 16.) „Bona civitatis abusive *publica* dicta sunt; sola enim ea *publica* sunt, quae populi Romani sunt.“ l. 16. D. eod. „. . . . *publica* appellatio in compluribus causis ad populum Romanum respicit; civitates enim privatorum loco habentur.“ l. 17. pr. D. eod.

Zusatz. Das Wort *publicum* wird in unsern Quellen häufig auch auf solche Sachen bezogen, deren Gebrauch schon nach Grundsätzen des jus gentium allgemein gestattet ist, mögen sie nun im Eigenthum eines bestimmten Staates seyn, oder nicht. §. 4. u. 5. I. h. t. l. 5. pr. u. l. 10. D. h. t. l. 7. §. 5. l. 14. pr. u. l. 65. §. 1. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) l. 45. pr. D. de usurpat. (XLI. 3.)

§. 57.

B) Quae nullius sunt. — Res pro derelicto habitae. — Res futurae [a]).

Der Ausdruck *res nullius* (oder nach dem Röm. Sprachgebrauch vielmehr: *quae nullius sunt*, oder *quod nullius in bonis est*, u. dgl.) kommt in verschiedenen Beziehungen vor, theils für die res divini juris [b]), theils für mehrere Arten der res humani juris, und zwar bald für solche Sachen, deren Gebrauch nach dem jus gentium allgemein gestattet ist [c]), bald für die publicae und universitatis res [d]), (weil sie sich nämlich in keines Menschen Privateigenthum befinden), bald für Erbschaften, bevor sie von einem Erben erworben werden [e]), bald endlich (und diese Beziehung gehört zunächst hierher), für herrenlose Sachen in dem gewöhnlichen Sinne, d. h. welche entweder noch nie einen Eigenthümer gehabt haben, wie z. B. wilde Thiere, ehe sie gefangen werden u. dgl. [f]), oder welche, ohne den Willen ihres bisherigen Eigenthümers, wieder in die Lage solcher Sachen, die keinen Eigenthümer haben, gekommen sind, wie z. B. wieder entlaufene wilde Thiere [g]). Nur in dieser letzten Bedeutung pflegen die Neuern den Ausdruck *res nullius* zu brauchen. — Von den res nullius in diesem Sinne sind zu unterscheiden die *res pro derelicto habitae*, d. h. solche Sachen, welche schon einen Eigenthümer gehabt haben, aber von selbigem aufgegeben worden sind, ohne jedoch bereits in das Eigenthum eines Andern übergegangen zu seyn [h]). Dergleichen Sachen sind also erst von der Zeit an, wo der bisherige Eigenthümer sein Recht daran freywillig aufgegeben hat, als herrenlos zu betrachten. Dagegen gehören solche Sachen, welche man wider sein Wissen und Willen verloren hat, keineswegs in die Kategorie der herrenlosen Sachen; denn mit dem Verluste des Besitzes hat nicht auch das Eigenthum daran auf-

gehört [i]). — *Futurae res* (a. u.) heißen ſolche Sachen, deren Exiſtenz erſt noch erwartet wird, mag dieſe nun abhängen von dem gewöhnlichen Gange der Natur, wie z. B. bey künftigen Früchten, oder von dem, was man Glück und Zufall nennt, wie z. B. bey einem Fiſchzuge. In beyderley Beziehungen können zukünftige Sachen Gegenſtände von Rechtsgeſchäften ſeyn [k]).

a) Vgl. von Buchholtz Verſuche über einzelne Theile der Theorie des heutigen Röm. Rechts, Nr. 5. u. 7.

b) Vgl. §. 52. Note b).

c) l. 51. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.).

d) l. 1. pr. in f. D. h. t.

e) l. 1. pr. D. cit. — Doch wird ſolchen Erbſchaften auch juriſtiſche Perſönlichkeit beygelegt. Vgl. §. 46. Note f).

f) §. 12. u. 18. I. h. t. l. 3. pr. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.)

g) §. 12. u. 15. I. h. t. — l. 31. §. 1. D. de acquir. rer. dom.

h) §. 47. I. h. t. l. 1. D. pro derelicto. (XLI. 7.).

i) §. 48. I. h. t.

k) l. 8. u. l. 34. §. 2. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 11. §. 18. D. de action. emt. et vend. (XIX. 1.). l. 15. pr. D. de pignor. (XX. 1.) l. 73. pr. D. de verb. obligat. (XLV. 1) §. 7. I. de legat. (II. 20.)

§. 58.

C) Res corporales und incorporales [a]).

Außer den zu Anfang dieſes Abſchnittes angeführten Titeln gehört hierher auch:

Tit. I. de rebus incorporalibus. (II. 2.)

Körperliche Sachen (*res corporales*, ſ. a. u.) heißen ſolche, welche im Raume exiſtiren, und daher in die äußern Sinne fallen; unkörperliche aber (*res incorporales*, b. a. u.) ſolche, welche als Sachen blos gedacht werden. Die Erſtern umſchreibt Cicero ſo: „res, quae sunt,“ und die Letztern ſo: „quae intelliguntur“ [b]). In unſern juriſtiſchen Quellen aber werden die *res corporales* ſo definirt: „quae tangi possunt,“ oder auch: „quae sui natura tangi possunt,“ und die *incorporales* ſo: „quae tangi non pos-

sunt“ c). Dieſe Definitionen ſind wohl aus der Stoiſchen Philoſophie zu erklären, nach welcher alle Sinne auf das Gefühl zurückgeführt wurden d). Zu den unkörperlichen Sachen werden nun überhaupt Rechtsverhältniſſe (ea, quae in jure consistunt) gerechnet z. B. das Erbrecht, Forderungsrechte, das Nießbrauchsrecht und andere Servituten e). Denn wenn auch die Objecte dieſer Rechte in körperlichen Sachen beſtehen, ſo iſt doch das Recht ſelbſt etwas Unkörperliches f). Das Nämliche gilt zwar an ſich auch vom Eigenthumsrechte; doch wird dieſes im Röm. Rechte unter den Beyſpielen der unkörperlichen Sachen nicht mit aufgeführt, ſondern gewöhnlich mit der körperlichen Sache, als ſeinem Objecte, gewiſſermaaßen identificirt g). Daher kommen häufig die Ausdrücke: *res corporalis* oder *corpus*, im Gegenſatz von andern Rechten, als dem Eigenthume, vor h). — Uebrigens gehören auch die unkörperlichen Sachen, obgleich ſie nicht Gegenſtände des Eigenthums ſind, doch allerdings zu dem Begriff des Vermögens (bona) i).

a) Vgl. von Buchholtz Verſuche ꝛc. Nr. 1.

b) Top. c. 5. — Zur Erläuterung ſetzt Cicero Folgendes hinzu: „*Esse* ea dico, quae cerni tangive possunt. . . . . *Non esse* rursus ea dico, quae tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intelligi possunt . . . . . “.

c) l. 1. §. 1. D. h. t. §. 1. u. 2. I. h. t. (II. 2.)

d) Seneca Epist. 106. — Vgl. Heineoc. Antiquit. Rom. II. 2. §. 1. — 3.

e) l. 1. §. 1. D. h. t. §. 2. u. 3. I. h. t. (II. 2.) l. 13. in f. C. de praescript. longi temp. (VII. 33.) — Bey Ulp. XIX. §. 11. wird auch die tutela legitima als ein Beyſpiel der res incorporales angeführt.

f) Vgl. die erſtern Stellen der vorigen Note.

g) Indeſſen wird auch das Eigenthum *jus dominii* genannt, l. 4. C. de aedific. priv. (VIII. 10.), und eben ſo das aus demſelben entſpringende Vindicationsrecht: *jus vindicationis*. l. 12. C. de praescript. longi temp. (VII. 33.) — Auch in der l. 5. §. 9. D. de oper. nov. nunciat. (XXXIX. 1.) iſt unter dem „*jus suum*“ das Eigenthumsrecht zu verſtehen.

h) Z. B. Vatic. Fr. §. 92. — §. 1. I. de acquisit. per arrogat. (III. 10. od. 11.) l. 8. pr. D. quib. mod. pign. solv. (XX. 6.) l. 3. pr. D. de bon. possess. (XXXVII. 1.) l. 13. §. 1. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) l. 2. §. 3. D. de precar. (XLIII. 26.) — Von Buchholtz a. a. O. S. 6. fgg. nimmt ſogar an, daß die Eintheilung der res in corporales und incorporales nicht auf die Sachen, ſondern auf die

Rechte gehe; allein obschon der Ausdruck „*jus incorporale*“ einige Male vorkommt, namentlich l. 4. §. 27. D. de usurpat. (XLI. 3.) u. l. 3. C. de quadrien. praescript. (VII. 37.), so ist doch der von diesem Gelehrten aufgestellte Begriff eines *jus corporale* im Röm. Recht weder dem Ausdruck, noch der Sache nach begründet; denn auch das Eigenthumsrecht kann nicht dafür angesehen werden. Vgl. Note g). — Es ist also jener Ausdruck „*jus incorporale*“ nur so zu verstehen: das Recht, als etwas Unkörperliches.

i) l. 49. D. de verb. signif. (L. 16.) Vgl. §. 50. Note i).

Erinnerung. Wenn in der l. 1. §. 1. D. h. t. und im §. 1. I. h. t. (II. 2.) unter den Beyspielen der **res corporales** auch *homo* angeführt wird, so ist darunter hier, wie auch in vielen andern Stellen des Röm. Rechts, der Sclave zu verstehen. Vgl. §. 27. Note n), und Brisson. v. *homo* No. 2.

§. 59.

D) Res mobiles und immobiles.

Die körperlichen Sachen sind entweder bewegliche (*res mobiles*, a. u.) oder unbewegliche (*res immobiles* a. u.), je nachdem sie nämlich entweder, unbeschadet ihrer Substanz und Form, von einem Orte zum andern gebracht werden können, oder nicht [a]). Jede ihrer Natur nach unbewegliche Sache heißt im Röm. Recht *fundus* [b]), oder *praedium* [c]), auch *solum* [d]), oder *res soli* (a. u.) [e]), oder *res solo cohaerens*, oder *quae solo continetur* [f]), bey uns Grundstück, gleichviel, ob es ein Landgrundstück oder ein Gebäude ist. Doch bezeichnete in den zwölf Tafeln das Wort *fundus* nur Landgrundstücke, oder Aecker, oder freye Plätze, nicht auch Gebäude [g]); und in dieser engern Bedeutung kommt es auch noch späterhin bisweilen vor [h]). Gleichbedeutend mit fundus in diesem engern Sinne wird auch der Ausdruck *praedium rusticum* (a. u.) und gleichbedeutend mit domus oder aedificium oder aedes der Ausdruck *praedium urbanum* (a. u.) gebraucht [i]); doch kommen diese beyden Ausdrücke bisweilen auch in andern Bedeutungen vor [k]). — Es werden nun aber auch gewisse, an sich bewegliche Sachen in rechtlicher Hinsicht den unbeweglichen gleichgeachtet, oder vielmehr als Zubehör derselben angesehen, nämlich: 1) diejenigen, welche entweder durch die Kräfte der Natur, oder durch menschliche Kunst mit einer unbeweglichen

Sache dergeſtalt verbunden ſind, daß ſie einen Theil derſelben ausmachen, wie z. B. die mit dem Boden noch zuſammenhängenden Früchte [l]), ingleichen Alles, was in einem Gebäude befeſtiget (wand=, band=, nied= und nagelfeſt) iſt (vincta fixaque) [m]). 2) Diejenigen, welche für eine unbewegliche Sache zum beſtändigen Gebrauche angeſchafft ſind; nur müſſen ſie auch zu dem beabſichtigten Zwecke bereits verwendet, und nicht etwa in der entgegengeſetzten Abſicht wiederum von der unbeweglichen Sache getrennt worden ſeyn [n]). — Solche bewegliche Sachen aber, welche von der unbeweglichen, mit der ſie vorher verbunden waren, in der Abſicht, dieſe Verbindung aufzuheben, losgeriſſen ſind, (z. B. ausgegrabener Sand, ausgehauene Steine u. dgl.) heißen: *ruta caesa* oder *ruta et caesa*, und werden nicht mehr für einen Theil der unbeweglichen Sache, mit welcher ſie vorher verbunden waren, gehalten [o]). Aber eben ſo wenig gelten auch diejenigen beweglichen Sachen, welche für eine unbewegliche Sache zwar beſtimmt, jedoch mit ihr noch nicht in Verbindung gebracht worden ſind, für einen Theil derſelben, und in ſo fern werden auch dieſe Sachen, wiewohl nur uneigentlich, unter dem Ausdruck *ruta caesa* mit begriffen [p]).

a) Daß dieſe Eintheilung nur auf körperliche Sachen gehe, ergiebt ſich nicht blos aus der Natur der hierher gehörigen Begriffe, ſondern wird auch im Röm. Recht dadurch anerkannt, daß Rechte von den beweglichen und unbeweglichen Sachen unterſchieden werden, z. B. l. 15. §. 2. D. de re judic. (XLII. 1.) l. un. §. 7. C. de rei uxor. act. (V. 13.) l. 2. pr. u. l. 3. C. de quadrien. praescript. (VII. 37.)

b) l. 211. D. de verb. signif. (L. 16.) „*Fundi* appellatione omne aedificium et omnis ager continetur; sed in usu urbana aedificia, *aedes*, rustica, *villae* dicuntur. Locus vero sine aedificio in urbe, *area*, rure autem *ager* appellatur. Itemque ager cum aedificio *fundus* dicitur.“

c) l. 115. D. eod. „ . . . . . *Fundus* est omne, quidquid solo tenetur. *Ager* est, si species fundi ad usum hominis comparatur. *Possessio* ab agro juris proprietate distat; quidquid enim apprehendimus, cujus proprietas ad nos non pertinet, aut nec potest pertinere, hoc possessionem appellamus; possessio ergo usus, ager proprietas loci est. *Praedium* utriusque suprascriptae generale nomen est; nam et ager et possessio hujus appellationis species sunt.“

d) Z. B. l. 1. §. 3. D. unde vi. (XLIII. 16.) l. 15. §. 2. D. de re judic. (XLII. 1.) — Doch wird auch bisweilen *solum* eben ſo, wie area, als Grund und Boden, von dem darauf angebrachten Gebäude (was in dieſem Gegenſatz auch superficies heißt,) unterſchieden. l. 21. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 3. D. de servitut. (VIII. 1.)

e) Z. B. l. 15. §. 1. D. qui satisd. cog. (II. 8.) l. 7. pr. D. de usufruct. (VII. 1.) l. 23. §. 2. in f. D. de usurpat. (XLI. 3.) l. 13. C. de servitut. (III. 34.)

f) Z. B. l. 1. §. 4. D. unde vi. (XLIII. 16.) — l. 1. §. 1. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. un. §. 7. C. de rei uxor. act. (V. 13.)

g) Cic. Top. c. 4. u. pro Caecin. c. 19.

h) Z. B. bey Gaj. II. §. 42., Ulp. XIX. §. 1., §. 2. I. de usufruct. (II. 4.) l. 66. §. 2. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 1. §. 3. u. 6. D. de vi (XLIII. 16.)

i) Ulp. XIX. §. 1. — §. 1. I. de servitut. (II. 3.) l. 1. pr. D. commun. praed. (VIII. 4.) l. 198. D. de verb. signif. (L. 16.) „*Urbana praedia* omnia aedificia accipimus, non solum ea, quae sunt in oppidis, sed et si forte stabula sunt, vel alia meritoria in villis et in vicis, vel si praetoria voluptati tantum deservientia, quia *urbanum praedium non locus facit, sed materia* . . . . “

k) Nämlich manchmal werden ſie auf die Beſchaffenheit und Beſtimmung der Grundſtücke bezogen, und dann heißt *rusticum praedium* ein ſolches, welches zur Hervorbringung natürlicher Früchte geeignet und beſtimmt iſt, *urbanum praedium* aber jedes andere, zu irgend einem andern Zwecke beſtimmte Grundſtück. l. 3. 4. u. 7. D. in quib. caus. pign. tacit. contrah. (XX. 2.) Bisweilen ſcheinen jene Ausdrücke auch auf den Ort, wo ein Grundſtück liegt, bezogen zu werden, und dann heißt *urbanum praedium* ein in der Stadt, und *rusticum* ein auf dem Lande gelegenes Grundſtück, gleichviel, ob ein Gebäude, oder ein anderes Grundſtück, z. B. l. 2. pr. D. de servitut. praed. rust. (VIII. 3.)

l) l. 44. D. de rei vindicat. (VI. 1.)

m) l. 13. §. 31. l. 15. u. l. 38. §. 2. D. de action. emt. et vend. (XIX. 1.)

n) l. 17. pr. §. 7. 10. u. 11. u. l. 18. §. 1. D. eod., l. 242. §. 4. D. de verb. signif. . . . . (L. 16.) — Vgl. übrigens von Buchholtz Verſuche ꝛc. Nr. 2.

o) l. 17. §. 6. D. de action. emt. et vend.

p) l. 18. §. 1. D. eod. l. 241. D. de verb. signif. „ . . . . . In *rutis caesis* ea sunt, quae terra non tenentur, quaeque opere structili tectoriove non continentur.“ l. 66. §. 2. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) „ . . . . . *ruta caesa* ea sunt, quae neque aedium, neque fundi sunt.“ — Uebrigens kommt der Ausdruck *ruta caesa* ſchon bey Cicero vor. Top. c. 26. in f.

Zuſatz 1. Die Ausdrücke *res moventes* oder *moventia* werden oft ganz gleichbedeutend mit *res mobiles* oder *mobilia* gebraucht, l. 93. D. de verb. signif. l. 32. §. 9. D. de usu et usufr. per legat. dat. (XXXIII. 2.) l. 35. pr. D. de donat. (XXXIX. 5.) l. 15. §. 2. D. de re judic. (XLII. 1.) l. 19. D. de vi. (XLIII. 16.) l. 5. §. 1. u. 2. D. de requirend. (XLIII. 17.) Vorzugsweiſe aber, und im Gegenſatz der übrigen *res mobiles*, heißen *res moventes* oder *se moventes* ſolche Sachen, welche durch eigne Kraft ſich in Bewegung ſetzen können, alſo Sclaven und Thiere, z. B. Vatic. Fr. §. 293. l. 1. pr. D. de aedilic. edict. (XXI. 1.) l. 2. pr. u. l. 3. C. de quadrien. praescript. (VII. 37.) Mit dieſem Unterſchiede ſteht auch die Eintheilung der beweglichen Sachen in lebendige (*res animales*) und lebloſe (*quae anima carent*) in Verbindung. l. 1. §. 1. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 15. §. 2. D. de re judic. (XLII. 1.) — Was insbeſondere die Thiere anlangt, ſo werden ſie in wilde Thiere (bestiae oder ferae bestiae), d. h. ſolche, welche in der natürlichen Freyheit leben, (wohin im Röm. Recht auch Bienen, Pfauen und Tauben gerechnet werden), zahme (mansueta), und zahm gemachte (mansuefacta) eingetheilt. §. 12. — 16. I. h. t. l. 1. §. 1. l. 4. l. 5. §. 2. 5. u. 6. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.)

Zuſatz 2. Alles das, was mit einer andern Sache, beſonders einer unbeweglichen, in einer ſolchen Verbindung ſteht, daß es für einen Theil derſelben gehalten wird, bezeichnet man mit dem Ausdruck: Pertinentien. Im Röm. Recht wird von ſolchen beweglichen Sachen, welche als Zubehör eines Grundſtücks anzuſehen ſind, geſagt: fundi oder aedium oder aedificii sunt, oder pars fundi videntur, oder domus portio sunt, oder aedibus oder rei soli accedunt, und dergl. l. 44. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 13. §. 31. l. 15. l. 17. pr. §. 7. 10. u. 11. l. 18. §. 1. u. l. 38. §. 2. D. de act. emt. et vend. (XIX. 1.) l. 12. §. 23. u. 24. D. de instruct. vel instrum. legat. (XXXIII. 7.) l. 3. §. 15. D. de vi (XLIII. 16.) l. 242. §. 2. u. 4. D. de verb. signif. (L. 16.) — Uebrigens können auch bey beweglichen Sachen Pertinentien vorkommen, z. B. in Bezug auf Vögel die Käfige, worin ſie aufbewahrt werden (aviaria), l. 66. D. de legat. III. (XXXII.), und die Pertinentien der unbeweglichen Sachen können nicht blos in beweglichen Sachen beſtehen, ſondern auch wiederum in unbeweglichen, z. B. in den zu einem Hauptgute gehörigen Gebäuden oder andern Grundſtücken, l. 31. D. eod. l. 20. §. 7. D. de instruct. vel instrum. legat. (XXXIII. 7.), oder auch in unkörperlichen Sachen, z. B. in den einem Grundſtück zugehörigen Gerechtigkeiten. l. 47 — 49. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.)

§. 60.

E) Mancipi und nec mancipi res.

Sehr wichtig war im ältern Röm. Recht die Eintheilung der Sachen in *mancipi res* (a. u., oder auch *quae mancipi*

sunt,) und *nec mancipi res*, (a. u.) [a]). Als die einzelnen Beyspiele der mancipi res werden von Ulpian folgende aufgezählt: 1) die Grundstücke auf Italischem Boden [b]), sowohl Landgrundstücke, als Gebäude. 2) Die Gerechtigkeiten oder Servituten der Landgrundstücke. 3) Sclaven, und 4) Zug- und Lastthiere, welche zugleich als Hausthiere betrachtet wurden, als: Ochsen, Maulthiere, Pferde und Esel. Alle übrigen Sachen waren nec mancipi res, also auch unter den Zug- und Lastthieren diejenigen, welche in die Kategorie der wilden Thiere gehören, wie namentlich Elephanten und Cameele [c]). Die zu den Hausthieren gehörigen Zug- und Lastthiere galten nach der Ansicht der Sabinianer sogleich von ihrer Geburt an für res mancipi, nach der Meinung der Proculianer aber erst von der Zeit an, wo sie abgerichtet wären [d]). — Das Hauptmerkmal der mancipi res, worüber sehr verschiedene Meinungen aufgestellt worden sind [e]), ist wohl am sichersten in dem Werthe und der Kostbarkeit zu suchen, welche die älteste Volksansicht bey den Römern jenen Sachen schon an sich [f]), und zwar wegen ihrer unmittelbaren Beziehung auf den vaterländischen Boden und dessen Bebauung, beylegte [g]). Die praktische Bedeutung jenes Unterschieds aber bestand hauptsächlich darin, daß bey den mancipi res, sofern sie zu den körperlichen Sachen gehörten, (was bey allen, mit Ausnahme der servitutes praediorum rusticorum, der Fall war [h]),) andere Veräußerungs- und Erwerbungsformen erforderlich waren, als bey den res nec mancipi. Nämlich an einer mancipi res konnte der Empfänger nur durch mancipatio, oder durch eine andere streng Römische Erwerbungsart das Römische (sog. Quiritarische) Eigenthum erlangen, während dagegen an einer nec mancipi res schon durch eine blos natürliche Veräußerungs- und Erwerbungsart, z. B. durch die bloße Uebergabe ohne feyerliche Form, das Römische Eigenthum veräußert und erworben werden konnte [i]). Nec mancipi res konnten also auf eine leichtere Art und mit weniger Umständen in das Römische Eigenthum gebracht werden [k]), während es dagegen dem Werthe der mancipi res angemessen war, ihre Veräußerung und Erwerbung von mehr Umständen abhängig zu machen [l]). — Ihren Namen haben die mancipi res von der mancipatio erhalten, die im ältern Sprachgebrauch auch mancipium hieß [m]). Denn

obwohl die mancipatio nicht die einzige Erwerbungsart des Römischen Eigenthums an diesen Sachen war [n]), so kam sie doch am häufigsten vor [o]), so daß sie bey der Benennung derselben vorzugsweise berücksichtiget wurde; weßhalb auch Gajus die mancipi res geradezu so definirt: „quae per mancipationem ad alium transferuntur“ [p]). — Justinian aber hob, wie den Unterschied zwischen Italischen und Provincial-Grundstücken, so auch den ganzen Unterschied zwischen mancipi und nec mancipi res auf [q]).

a) Ueber die hierher gehörige, sehr reichhaltige Literatur s. Haubold Instit. jur. Rom. Lineam. p. 272. u. 273. (ed. II.) und Rein's Röm. Privatr. ꝛc. (Leipz. 1836.) S. 141 — 143. Note *). — Daß übrigens dieser Unterschied schon dem ältesten Rechte angehöre, ergiebt sich nicht allein aus dem alterthümlichen Gepräge der Ausdrücke selbst, nämlich der zusammengezogenen Form *mancipi* für *mancipii*, und dem *nec* für *non* in der Benennung der nec mancipi res, sondern auch aus andern Gründen. Vgl. des Verfassers Bemerkungen über Röm. Rechtsgesch. S. 153. u. fgg.

b) Das Nämliche gilt aber auch von dem Gebiete derjenigen Provincial-Städte, welche das jus Italicum (Zusatz 3. zu §. 28.) erhalten hatten. Vgl. Schulting Jurispr. Ante-Just. p. 619. not. 3. und von Savigny in der Zeitsch. ꝛc. B. 5. S. 256.

c) Ulp. XIX. 1. „Omnes res aut mancipi sunt aut nec mancipi. Mancipi res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus; item jura praediorum rusticorum, velut via, iter, actus, aquaeductus; item servi, et quadrupedes, quae dorso, collove domantur, velut boves, muli, equi, asini. Ceterae res nec mancipi sunt. Elephanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt.“ Vgl. auch Cic. pro Flacco c. 32. Gaj. I. §. 120. II. §. 16. u. 17. Vatic. Fragm. §. 259. — Außer den hier aufgezählten Sachen haben Manche, z. B. Heineccius Antiq. Rom. II. 1. §. 18. irrigerweise auch die Erbschaft bey dem testamentum per aes et libram, ferner Perlen, und sogar Hauskinder mit in die Kategorie der mancipi res gestellt. S. dagegen Ballhorn-Rosen über dominium, S. 89. — 98. und des Verfassers Bemerk. ꝛc. S. 160. fgg. — Was übrigens die jura praediorum rusticorum anlangt, so gehören nicht blos die vier von Ulpian besonders genannten, (via, iter, actus, aquaeductus), sondern alle zu den res mancipi, wie sich aus Gaj. II. §. 17. u. 29. ergiebt. Vgl. des Verfassers Bemerk. S. 159. fgg.

d) Gaj. II. §. 15. — Die dießfallsige Meinung der Sabinianer scheint Isidor vor Augen gehabt, aber mißverstanden zu haben, wenn er Or. IX. c. 4. bemerkt: „Haec enim animalia (scil. equus, ovis)

statim ut nata sunt, mancipium esse putantur. Nam et ea, quae in bestiarum numero sunt, tunc videntur mancipium esse, quando capi sive domari coeperint.

e) S. hierüber Hugo's Rechtsgesch. S. 513 — 517. und Dessel ben Civil. Magaz. B. 2. S. 57 — 83. Gans Schol. zum Gaj. S. 230 — 233. und insbesondere Rein a. a. O.

f) Also auch ohne Rücksicht auf die Menge, auf die es doch bey manchen andern Sachen, bey denen es auffallend scheinen könnte, daß sie nicht mit zu den mancipi res gerechnet worden sind, z. B. bey Gold und Silber, ankommt. Vgl. Hugo's Rechtsgesch. S. 513. u. 514. Note 1). Auch ist es bey einem Ackerbau treibenden Volk ganz natürlich, den Werth des Vermögens vorzugsweise nach dem zu beurtheilen, was bleibend, also nicht zum Verzehren, zum Ausgeben und zum Umsatz bestimmt ist. Vgl. Schweppe's Rechtsgesch. §. 271, Nr. 2.

g) Die Richtigkeit dieser Ansicht ergiebt sich besonders aus Gaj. I. §. 192, wo durch den Ausdruck: *pretiosiores res* die kurz vorher erwähnten *res mancipi* bezeichnet werden. Schon Cujacius in Parat. ad tit. C. de usucap. transform., und noch bestimmter van Bynkershoek de reb. manc. et nec manc. nahmen als das charakteristische Merkmal der mancipi res die Kostbarkeit oder den höhern Werth derselben an. Die unmittelbare Beziehung dieser Sachen auf den Ackerbau hat besonders Meerman de rebus manc. hervorgehoben; und diese Beziehung hält auch von Savigny in der Zeitsch. B. 5, S. 258. für das wesentliche Merkmal der res mancipi. Zur Unterstützung dieser Ansicht benutzt Schmidtlein im Archiv f. d. Civil. Prax. Bd. 9. S. 173. u. 174. Note 55) die bey Gaj. II. 15. erwähnte Controverse über den Zeitpunkt, von wo an die zu den Hausthieren gehörigen Zug- und Lastthiere als mancipi res anzusehen seyen. S. die Note d).

h) Gaj. II. §. 17.

i) Id. II. §. 18. — 22. u. §. 41. Ulp. I. §. 16. u. XIX. §. 3. u. 7 — 9. — Andere Wirkungen des Unterschieds zwischen mancipi und nec mancipi res, z. B. die von Gaj. II. §. 47. und von Ulp. XI. §. 27. erwähnten, beziehen sich nur auf besondere Rechtsverhältnisse.

k) Aus dieser Rücksicht werden bey Boëth. ad Cic. Top. c. 5. die res nec mancipi durch den Ausdruck: *res sui juris* bezeichnet. — Ganz falsch ist es also, wenn Manche behauptet haben, daß die nec mancipi res des Röm. Eigenthums gar nicht fähig gewesen wären. Das Irrige dieser Meinung ergiebt sich z. B. auch aus Gaj. II. §. 196. und Ulp. XXIV. §. 7., wo solche Sachen, welche pondere, numero, mensura constant, (oder continentur, vgl. §. 61.) als Gegenstände des Römischen Eigenthums erwähnt werden, da doch dergleichen Sachen nirgends in unsern Quellen als res mancipi vorkommen. Vgl. Hugo im Civil. Magaz. B. 1. S. 81. u. 82. Nur eine Art der res nec mancipi konnte nicht im Römischen Eigenthum seyn, nämlich die Provincial-Grundstücke (mit Ausnahme derer, auf welche sich das jus Italicum bezog); allein

hiervon lag der Grund nicht in der Qualität der res nec mancipi, sondern in der Eigenthümlichkeit des auf Provincial-Grundstücke bezüglichen Rechtsverhältnisses. Gaj. II. §. 7. (Vgl auch §. 59. Note d.) — Uebrigens wurden die Provincial-Grundstücke in *stipendiaria* und *tributaria* eingetheilt, je nachdem sie nämlich in Provinzen des Röm. Volks, oder in denen des Kaisers gelegen waren. Gaj. II. 21. „. . . . . provincialia praedia, quorum alia stipendiaria, alia tributaria vocamus. *Stipendiaria* sunt ea, quae in his provinciis sunt, quae propriae populi Romani esse intelliguntur. *Tributaria* sunt ea, quae in his provinciis sunt, quae propriae Caesaris esse creduntur.“ §. 40. I. h. t. u. Theophil. II. 1. §. 40.

l) Daraus folgt aber nicht, daß nicht auch bey res nec mancipi, wenigstens bey beweglichen, die Mancipation hätte vorkommen können, wie dieß Manche ohne hinreichenden Grund angenommen haben. Vgl. des Verfassers Bemerk. ꝛc. S. 161 — 163. Note 431. u. 435.

m) Festus v. *nuncupata*. Vgl. auch den Zusatz zum §. 31.

n) Cic. Top. c. 5. Gaj. II. §. 29. u. 41 — 43. Ulp. XIX. §. 3. 8. 9. 16. u. 17.

o) Gaj. II. §. 25.

p) Id. II. §. 22. Hiermit stimmt auch die bey *Boëth.* ad Cic. Top. c. 5. vorkommende Definition der mancipi res überein: quae ita abalienabantur, ut ea abalienatio per quandam nexus fieret solemnitatem.“

q) l. un. in f. C. de usucap. transform. (VII. 31.) — §. 40. I. h. t.

§. 61.

F) Species, genus. — Vertretbare und verbrauchbare Sachen.

Species bezeichnet im juristischen Sprachgebrauch: ein bestimmtes Individuum a), *genus* aber: was nicht individuell, sondern nur der Gattung nach bestimmt ist b); nur freylich darf, wenn die Bezeichnung einer Sache blos nach der Gattung für Rechtsverhältnisse brauchbar seyn soll, dieser Gattungsbegriff nicht so allgemein und unbestimmt seyn, daß sich darnach nicht beurtheilen ließe, was eigentlich das Object des Rechtes und der Verbindlichkeit seyn soll c). — Mit dem juristischen Begriffe von genus steht auch der Begriff von vertretbaren Sachen in Verbindung. So heißen nämlich solche Sachen, bey denen es im bürgerlichen Verkehr nicht gerade auf bestimmte Individuen, sondern nur auf die bestimmte Gattung und Qualität ankommt, so daß also die einzelnen Stücke durch andere aus

der nämlichen Gattung vertreten werden können; solche Sachen dagegen, deren bestimmte Individuen bey Rechtsverhältnissen in Betracht kommen, so daß ihre Stelle nicht durch andere Sachen aus derselben Gattung vertreten werden kann, heißen nicht vertretbare Sachen. Die Erstern werden in der Latinität der Neuern res *fungibiles*, und die Letztern res *non fungibiles* genannt. Die Veranlassung zu diesen unrömischen Ausdrücken liegt darin, daß Paulus von Sachen der erstern Art sagt: „quia in genere suo *functionem recipiunt* per solutionem (magis), quam specie“ [d]). Zu den vertretbaren Sachen gehören nun regelmäßig diejenigen, welche nicht als Einzelheiten, sondern in Quantitäten Gegenstände des bürgerlichen Verkehrs zu seyn, und daher nach Gewicht, Zahl und Maaß bestimmt zu werden pflegen; weßhalb sie auch im Röm. Rechte so umschrieben werden: *quae pondere, numero, mensura* (n. a. u.) *constant* (oder *consistunt*, oder *continentur*), als: Wein, Oehl, Getraide, baar Geld u. dgl. [e]). Ist also Jemand dergleichen Sachen einem Andern schuldig, so geht seine dießfallsige Verbindlichkeit nicht auf bestimmte Individuen, sondern nur auf Sachen aus der bestimmten Gattung in der gehörigen Quantität und Qualität (idem genus, oder aliae res ejusdem generis et qualitatis, oder ejusdem naturae, oder ejusdem naturae et qualitatis, oder tantundem) [f]). Indessen können auch solche Sachen, welche regelmäßig zu den vertretbaren gehören, in einzelnen Rechtsverhältnissen die Eigenschaft und Wirkung von nicht vertretbaren Sachen bekommen, wenn es nämlich die Natur des Rechtsverhältnisses und die Absicht der Interessenten so mit sich bringt [g]), und überhaupt alsdann, wenn die Sache in der darüber getroffenen Verfügung, oder bey Eingehung des Rechtsgeschäfts so genau, wie ein bestimmtes Individuum, bezeichnet worden ist [h]). — Von den vertretbaren Sachen sind zu unterscheiden die verbrauchbaren oder verzehrbaren Sachen, d. h. solche, welche durch den Gebrauch consumirt oder doch verringert werden, sey es physisch, (wie bey allem Eß- und Trinkbaren,) oder juristisch, d. h. so, daß sie für den, welcher sie ihrem eigentlichen Zwecke gemäß braucht, verloren gehen, und an Andere kommen, wie bey dem Gelde [i]). Im Röm. Rechte werden dergleichen Sachen so umschrieben: *quae usu consumuntur*

(oder *tolluntur*) *vel minuuntur*, desgl. *quae sunt in abusu* oder *in abusu consistunt* (oder *continentur*) [k]). Zwar treffen gewöhnlich beyde Eigenschaften, die der Vertretbarkeit und die der Verbrauchbarkeit, bey den nämlichen Sachen zusammen; aber doch nicht immer [l]), und es ist überhaupt die Unterscheidung jener beyden Begriffe für manche Rechtsverhältnisse von Wichtigkeit [m]).

a) l. 6. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 54. pr. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) — Dafür kommen auch die Ausdrücke vor: *certa species* (a. u.), *certum corpus* (s. a. u.), oder auch *corpus* schlechthin. l. 54. pr. D. cit. l. 83. §. 5. D. eod. l. 26. §. 1. u. l. 34. §. 4. u. 5. D. de legat. I. (XXX.) l. 85. D. de legat. III. (XXXII.) l. 10. D. de auro, arg. leg. (XXXIV. 2.) l. 1. §. 7. D. ad leg. Falcid. (XXXV. 2.)

b) Z. B. ein Sclave, ein Gefäß im Allgemeinen, statt dieses oder jenes bestimmten Sclaven oder Gefäßes. l. 2. §. 1. l. 54. pr. u. l. 83. §. 5. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) — Ein genus ist so lange, bis das zu leistende Individuum durch Wahl bestimmt ist, ein *incertum corpus*. l. 85. D. de legat. III. (XXXII.) l. 1. §. 7. u. l. 30. §. 5. D. ad leg. Falcid. (XXXV. 2.) l. 25. §. 17. D. famil. ercisc. (X. 2.) — Uebrigens kommen die Ausdrücke: *genus* und *species*, auch bey den Röm. Juristen bisweilen im philosophischen Sinne für Gattung und Art vor, z. B. l. 2. §. 3. D. de reb. cred. (XII. 1.) l. 3. §. 21. D. de acquir. possess. (XLI. 2.)

c) arg. l. 94. u. l. 115. pr. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) — l. 71. pr. D. de legat. I. (XXX.)

d) l. 2. §. 1. D. de reb. cred. (XII. 1.) — Für dergleichen Sachen kommt auch die Bezeichnung vor: quae communi specie continentur. l. 29. in f. D. de solution. (XLVI. 3.)

e) l. 2. §. 1 u. 3. D. eod. Gaj. II. §. 196. u. III. §. 90. Ulp. VI. §. 8. u. XXIV. §. 7. — pr. I. quib. mod. re contrah. obligat. (III. 14. od. 15.) l. 42. D. de jure dot. (XXIII. 3.) l. 30. §. 3. D. ad leg. Falcid. (XXXV. 2.) — Eine Mehrheit oder ein Inbegriff solcher Sachen, quae pondere, numero, mensura constant, wird mit dem Ausdruck *pecuniae* bezeichnet, l. 30. pr. D. de legat. I. (XXX.); doch wird dieses Wort (vgl. §. 50. Note g) eben so, wie *quantitas*, *summa*, auch *summa quantitatis*, vorzugsweise auf Geldsummen bezogen, l. 34. §. 3. u. 6. D. eod. l. 11. D. de compensat. (XVI. 2.) l. 23. pr. D. de donation. (XXXIX. 5.) l. 29. pr. u. l. 65. §. 1. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) l. 45. §. 10. u. l. 47. §. 1. D. de jure fisci (XLIX. 14.), und es werden diesen Begriffen eben so, wie dem genus, die corpora (oder corpus, oder certum corpus), als die bestimmten Individuen entgegengesetzt. l. 19. §. 2. D. de condict. indeb. (XII. 6.) l. 5. pr. D. de impens. in res dot. fact. (XXV. 1.) l. 30. pr. u. l. 34. §. 3.

D. de legat. I. l. 7. pr. D. de except. rei judic. (XLIV. 2.) l. 94. §. 1. D. de solut. (XLVI. 3.) l. 10. D. de acceptil. (XLVI. 4.)

f) Gaj. III. §. 90. pr. I. quib. mod. re contrah. obligat. (III, 14. ob. 15.) l. 2. pr. u. §. 1. D. de reb. cred. (XII. 1.) l. 42. D. de jure dot. (XXIII, 3.) l. 1. §. 2. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) — l. 7. D. de condict. indeb. (XII. 6.) l. 24. D. depos. (XVI. 3.) l. 31. D. locat. (XIX. 2.)

g) l. 4. D. commodat. (XIII. 6.) l. 24. D. depos. (XVI. 3.)

h) l. 30. §. 6. D. de legat. I. (XXX.) „Item si legetur *pecunia, quae in arca est,* vel *vinum, quod in apothecis est,* dicendum est, cessare clausulam, quoniam, quoties *species* legetur, cessare diximus.“ l. 34. §. 4. D. eod. l. 37. D. de verb. obligat. (XLV. 1.)

i) Auf die Eigenschaft und Bestimmung des Geldes, als eines allgemeinen und öffentlich anerkannten Tauschmittels, bezieht sich die l. 1. pr. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) „ . . . . . electa materia est, cujus publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret; eaque materia, formâ publicâ percussa, usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate, ... “

k) Ulp. XXIV. §. 27. — §. 2. I. de usufr. (II, 4.) l. 1. u. l. 5. §. 1. u. 2. D. de usufr. ear. rer., *quae usu consumuntur vel minuuntur* (VII. 5.)

l) So gehört z. B. ungeprägtes Gold oder Silber zu den nicht verbrauchbaren Sachen, und kann doch in manchen Rechtsverhältnissen die Natur einer vertretbaren Sache haben. l. 31. D. locat. (XIX. 2.) „ . . . . . rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, ... aut *ejusdem generis redderetur, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli;* ex superiore causa rem domini manere, *ex posteriore in creditum iri.*“

m) So geht z. B. das Darlehn nur auf vertretbare Sachen, der quasi ususfructus auf verbrauchbare, und es können daher z. B. Kleider zwar Gegenstände des Letztern, nicht aber auch des Erstern seyn. §. 2. I. de usufr. (II, 3.) l. 2. §. 1. D. de reb. cred. (XII. 1.)

§. 62.

G) Einzelne Sachen und Gesammtheiten von Sachen [a]).

Einzelne Sachen, an und für sich betrachtet, heißen *res singulae* (a. u), oder *singulares* [b]). Ist nun eine körperliche Sache von der Art, daß ihre Bestandtheile von Natur in Eins

verſchmolzen ſind, ſo heißt ſie mit einem im Röm. Rechte angeführten Griechiſchen Ausdruck: ἡνωμένον (unitum); ſind dagegen ihre einzelnen Beſtandtheile durch die Kunſt zu einem Ganzen verbunden, (wie z. B. bey einem Gebäude,) ſo heißt ſie: συνημμένον (connexum) [b]). Bey einer Sache der letztern Art werden ihre einzelnen Beſtandtheile, unter dem Namen *singulae res*, unterſchieden von dem Ganzen, das aber doch, als ſolches, auch nur eine einzelne Sache iſt, und daher auch *una res* genannt wird [d]). Von einem Ganzen dieſer Art wird aber im Röm. Recht auch der Ausdruck *universitas* gebraucht, z. B. universitas aedificii oder aedium [e]); doch wird derſelbe auch auf ein Ganzes anderer Art bezogen, ſey es ein wirkliches Ganze, z. B. ein Landgrundſtück [f]), oder ein Begriffsganzes, d. h. welches mehrere, für ſich beſtehende, oder getrennt exiſtirende Sachen unter einem gemeinſchaftlichen Namen begreift, und alſo nur im Begriffe als Einheit gedacht wird, z. B. eine Heerde [g]), oder ein geſammtes Vermögen, z. B. eine Erbſchaft, ein peculium [h]). — Die Neuern brauchen indeſſen das Wort *universitas* in der Lehre von Sachen nur für Begriffsganze (ſog. *universitates rerum*), und unterſcheiden eine doppelte Art derſelben, theils ſog. *universitates facti* oder *hominis*, wenn nämlich das unter einem Collectivnamen begriffene Ganze blos körperliche, zu einer gemeinſchaftlichen Gattung gehörige Sachen in ſich begreift, theils ſog. *universitates juris*, wenn jenes Ganze das geſammte Vermögen eines Menſchen (er mag noch leben, oder nicht,) umfaßt, oder in einem Verein von körperlichen und unkörperlichen Dingen beſteht, welchem, als ein Ganzes betrachtet, die Geſetze gewiſſe beſondere Rechte beygelegt haben. Allein dieſe ganze Eintheilung der ſog. universitates rerum iſt unnütz, und die gewöhnliche Vorſtellung, als ob für alle universitates juris die Regel gelte: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei, iſt falſch [i]).

a) Vgl. Mühlenbruch über die ſ. g. juris und facti universitates, im Archiv f. d. Civil. Prax. B. 17. S. 321 fgg. und über andere auf dieſen Gegenſtand bezügliche Abhandlungen Deſſelben Lehrb. des Pand. Rechts. §. 223. Note 1).

b) l. 1. pr. u. §. 3, u. l. 56. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 38. §. 1. D. de aur. argent. leg. (XXXIV. 2.)

c) l. 30. pr. D. de usurpat. (XLI. 3.) „. . . . Tria autem genera sunt corporum: unum, quod continetur uno spiritu, et graece ἡνωμένον (unitum) vocatur, ut homo, tignum, lapis, et similia; alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον (connexum) vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta, veluti populus, legio, grex.“

d) l. 23. pr. D. eod. l. 7. §. 11. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.)

e) legg. citt. l. 8. D. quod vi aut clam (XLIII. 24.) Dergleichen Sachen heißen auch *cohaerentia corpora*. l. 23. §. 5. D. de rei vindic. (VI. 1.) Vgl. auch Note c.

f) l. 30. D. famil. erciso. (X. 2.)

g) l. 70. §. 3. D. de usufruct. (VII. 1.) Dergleichen Gesammtheiten von Sachen heißen auch: *corpora, quae ex distantibus corporibus sunt*, (oder constant). l. 23. §. 5. D. de rei vindic. Vgl. auch Note c) z. E.

h) §. 6. I. per quas person. nob. acquir. (II. 9.) pr. I. de acquis. per arrogat. (III. 10. od. 11.) pr. u. §. 1. I. de success. sublat. (III. 12. od. 13.) — l. 20. §. 10. D. de hered. petit. (V. 3.) l. 1. pr. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 3. pr. D. de bon. possess. (XXXVII. 1.) l. 208. D. de verb. signif. (L. 16.)

i) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 326. fgg. u. besonders von S. 336 an.

§. 63.

H) Theilbare und untheilbare Sachen [a]).

In Rücksicht der Theilbarkeit sind die Sachen entweder *res dividuae* *, oder *individuae* [b]). Dabey ist nun zwischen der natürlichen und der juristischen Theilung und Theilbarkeit der Sachen zu unterscheiden. Die natürliche Theilung, welche blos bey körperlichen Sachen denkbar ist, besteht darin, daß eine Sache in wirkliche und äußerlich wahrnehmbare (reelle, oder materielle) Theile zerlegt wird, von denen dann jeder ein für sich bestehendes Ganze bildet [c]). Die juristische Theilung aber, welche eben so gut bey unkörperlichen, als bey körperlichen Sachen vorkommen kann, besteht darin, daß bey einer Sache intellectuelle Theile (d. h. welche blos in Gedanken angenommen, aber nicht in der Wirklichkeit abgesondert sind,) unterschieden werden [d]). Die reellen oder materiellen Theile heißen im Röm. Recht *certae partes* [e]), und was auf diese Art getheilt ist, gehört jedem Interessenten *pro diviso*

zu [f]). Intellectuelle Theile dagegen heißen im Röm. Recht *partes indivisae*, oder *pro indiviso* [g]), (bey den Neuern gewöhnlich partes quotae). Auch wird von einer nur intellectuell getheilten Sache der Ausdruck *res pro indiviso* gebraucht [h]), und von den Mehrern, welche die nämliche Sache noch intellectuellen Theilen besitzen, heißt es: intellectu magis partes habent, quam corpore [i]), oder: dominium juris intellectu, non divisione corporis obtinent [k]). — Für natürlich theilbar gelten nach der Ansicht des Röm. Rechts nur unbewegliche Sachen [l]), nicht auch bewegliche [m]). Dagegen sind die Letztern, sie mögen in Einzelheiten oder in Quantitäten bestehen, eben so gut, wie die Erstern, juristisch theilbar [n]); und das Nämliche gilt als Regel auch von den Rechten [o]), sofern nicht bey dem einen oder andern Rechte ausdrücklich die Unmöglichkeit auch der juristischen Theilung bestimmt ist. Dieß ist aber der Fall: 1) bey den Servituten, mit Ausnahme des Nießbrauchs [p]); 2) bey dem Pfandrechte [q]), jedoch nicht in jeder Beziehung [r]); 3) bey solchen Forderungsrechten, welche auf einen juristisch untheilbaren Gegenstand, oder auf eine untheilbare Leistung gerichtet sind [s]).

a) Vgl. von Buchholtz Versuche Nr. 4.

b) l. 1. §. 9. u. l. 80. §. 1. D. ad leg. Falcid. (XXXV. 2.) l. 6. §. 1. D. quemadm. servit. amitt. (VIII. 6.) — Bisweilen aber bezeichnet *individuum* das, was noch nicht getheilt ist, obschon es getheilt werden kann, z. B. l. 32. §. 6. D. de administrat. tutor. (XXVI. 7.), so wie auch umgekehrt *indivisum* bisweilen das heißt, was untheilbar ist. l. 26. §. 2. D. de legat. I. (XXX.)

c) l. 6. §. 1. D. commun. praedior. (VIII. 4.) l. 25. §. 1. D. de verb. signif. (L. 16.)

d) l. 8. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 5. D. de stipulat. serv. (XLV. 3.)

e) l. 25. D. quib. mod. ususfr. amitt. (VII. 4.) l. 36. D. de servitut. praed. urb. (VIII. 2.)

f) l. 25. §. 1. D. de verb. signif.

g) l. 5. D. de stipulat. serv. (XLV. 3.) l. 25. D. quib. mod. ususfr. amitt. (VII. 4.) l. 5. §. 15. D. commodat. (XIII. 6.) Es findet sich aber auch die Zusammensetzung: *certa* pars *pro indiviso*, nämlich für einen bestimmten intellectuellen Theil, im Gegensatz einer incerta pars. l. 26. D. de acquir. possess. (XLI. 2.)

h) l. 25. §. 1. D. de verb. signif.

i) l. 5. D. de stipulat. serv. (XLV. 3.)

k) l. 66. §. 2. in f. D. de legat. II. (XXXI.)

l) l. 8. D. de rei vindic. (VI. 1.) Bey Landgrundſtücken geſchieht nämlich die natürliche Theilung durch Abſonderung beſtimmter Flächen (certae regiones oder certa loca) von einander, bey einem Gebäude aber durch Aufführung einer Mauer mitten durch daſſelbe. l. 6. §. 1. D. commun. praed. (VIII. 4.)

m) l. 8. in f. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 19. pr. D. commun. divid. (X. 3.) l. 31. §. 6. D. de aedil. edict. (XXI. 1.) §. 5. I. de offic. jud. (IV. 17.)

n) l. 54. pr. D. de verb. oblig. (XLV. 1.) l. 5. D. de stipulat. serv. (XLV. 3.) — l. 29. in f. D. de solut. (XLVI. 3.)

o) l. 29. D. cit. l. 5. §. 15. D. commodat. (XIII. 6.) l. 22. D. depos. (XVI. 3.) l. 6. C. famil. ercisc. (III. 36.) l. 1. C. si cert. pet. (IV. 2.) — Vgl. auch von Buchholtz a. a. O. S. 53. fgg.

p) l. 1. §. 9. D. ad. leg. Falcid. (XXXV. 2.)

q) l. 65. D. de evict. (XXI. 2.) „. . . . propter *indivisam pignoris causam*, ...“ — And. Mein. iſt von Buchholtz a. a. O. S. 51.

r) l. 16. §. 8. D. de. pignor. (XX. 1.)

s) l. 17. D. de servitut. (VIII. 1.) l. 11. §. 23. D. de legat. III. (XXXII.) l. 2. §. 1. u. l. 72. pr. D. de verb. obligat. (XLV. 1.)

§. 64.

I) Hauptſachen und Nebenſachen.

Im Verhältniß zu einander betrachtet, ſind die Sachen entweder Hauptſachen (principales res), oder Nebenſachen (quae accessionum locum obtinent [a]), oder accessiones ſchlechthin [b]), bey den Neuern res accessoriae genannt). Hauptſache heißt nämlich diejenige, welche entweder die Grundlage oder Bedingung von einer andern Sache ausmacht, oder doch in der Verbindung mit ihr als das Weſentliche angeſehen wird. Nebenſache dagegen heißt Alles, was durch eine andere Sache bedingt iſt, oder ſich zu ihr als untergeordneter Theil und Zubehör verhält [c]). Der letztere Begriff iſt vornehmlich anwendbar auf die *causa rei* (auch causa ſchlechthin, oder omnis causa [b. a. u.] genannt,) in der hierher gehörigen techniſchen Bedeutung. So heißt nämlich überhaupt das, was als Vortheil zu einer Sache gehört [d]), und zwar wird dieſer Ausdruck vorzugsweiſe auf ſolche Fälle bezogen, wo von der Herausgabe einer Sache die Rede iſt, und begreift

dann Alles in ſich, was der, welcher die Hauptſache in Anſpruch nimmt, noch außer derſelben vom Beklagten verlangen kann, inſofern er es gehabt haben würde, wenn ihm die Sache nicht vorenthalten worden wäre [e]). Aber auch die Verwendungen zum Behuf einer Sache, ingleichen die mit ihr verbundenen Laſten, z. B. die auf ihr ruhenden Servituten, die öffentlichen Abgaben u. dgl., ſind in die Kategorie der Nebenſachen zu ſtellen [f]). — Hier iſt noch von der causa rei und den Verwendungen zum Behuf einer Sache ſpecieller zu handeln.

a) l. 2. D. de pecul. legat. (XXXIII. 8.)

b) l. 63. D. de legat. I. (XXX.) l. 19. §. 13. D. de aur. argent. leg. (XXXIV. 2.)

c) l. 19. §. 13. D. cit. „Perveniamus ad gemmas inclusas argento auroque; et ait Sabinus, auro argentove cedere; ei enim cedit, *cujus major est species.* Quod recte expressum; semper enim quum quaerimus, quid cui cedat, illud spectamus, quid cujus rei ornandae causa adhibetur, *ut accessio cedat principali;* . . . .“ §. 20. eod. „. . . . quoniam hoc spectamus, *quae res cujus rei ornandae causa fuerit adhibita, non quae sit pretiosior.*“ l. 20. D. eod. „Si, *ut habiliter gemmae geri possint,* inclusae auro fuerint, *tum aurum gemmis dicimus cedere.*“ l. 29. §. 1. D. eod. „Utra autem utrius materiae sit accessio, visu atque usu rei, consuetudine patrisfamilias aestimandum est.“ l. 32. §. 5. D. eod. l. 4. pr. D. de penu leg. (XXXIII. 9.) „Nam quod liquidae materiae sit, quia per se esse non potest, rapit secum in accessionis locum id, sine quo esse non potest; . . . .“ l. 23. §. 2. 4. u. 5. D. de rei vindic. (VI. 1.) §. 20. 26. 29 — 34. I. h. t.

d) l. 2. l. 3. §. 1. l. 8. l. 38. §. 7. u. 11. D. de usur. (XXII. 1.) l. 9. §. 7. D. ad exhib. (X. 4.) l. 1. §. 24. D. depos. (XVI. 3.) l. 4. C. unde vi (VIII. 4.) — In einer noch weitern Bedeutung bezeichnet *causa* in Bezug auf Sachen überhaupt die Beſchaffenheit und juriſtiſche Eigenthümlichkeit derſelben, l. 67. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 2. pr. D. de statulib. (XL. 7.), und wird daher auch auf die mit einer Sache verbundenen Laſten bezogen. l. 18. §. 2. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. un. C. rem alien. gerent. (IV. 53.)

e) l. 17. §. 1. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 20. D. eod. „. . . . nec enim sufficit corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et *causa rei* restituatur, id est, ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo judicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset. . . .“ l. 31. pr. D. de reb. cred. (XII. 1.) „. . . . ut post judicium acceptum *causa omnis* restituenda sit, id est, omne, quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore solutus fuisset.“ l. 35. u. l. 216. §. 1. D. de verb. signif. (L. 16.) §. 3.

l. de offic. jud. (IV. 17.) „. . . . opus est, ut etiam *causam rei* debeat exhibere, id est, ut eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si, cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset; . . . .“

f) l. 3. in f. C. de servitut. (III. 34.) — l. 36. D. de jure fisci. (XLIX. 14.) l. 2. u. 3. C. sine censu fund. compar. non poss. (IV. 47.) Vgl. auch Not. d) z. E.

§. 65.

1) Causa rei. α) Accessio.

Tit. D. de usuris, et fructibus, et causis, et omnibus accessionibus, et mora. (XXII. 1.)

Zur *causa rei* (§. 64.) ſind vornehmlich die accessiones und fructus zu rechnen [a]). — *Accessio* in dem hierher gehörigen Sinne [b]) bezeichnet überhaupt das vortheilhafte Zubehör einer Sache, außer den Früchten, und insbeſondere das, was von außen her zu einer Sache kommt, oder mit ihr verbunden wird [c]). In dieſe Kategorie gehört alſo großentheils auch das, was man mit dem Ausdruck Pertinentien zu bezeichnen pflegt. (Vgl. Zuſatz 2. zum §. 59.) Die fructus aber, da dieſe aus der Sache ſelbſt hervorkommen, werden ausdrücklich von den accessiones unterſchieden [d]).

a) Doch werden Beyde bisweilen noch von der causa unterſchieden, wie in der Ueberſchrift des oben angeführten Titels; und dann iſt causa in einem engern Sinn zu nehmen, und blos auf andere, zu einer Sache gehörige Nebenvortheile zu beziehen.

b) Im weiteſten Sinne iſt nämlich accessio gleichbedeutend mit Nebenſache. Vgl. §. 64. Not. a) u. b).

c) §. 20. 26. u. 29 — 34. I. h. t. l. 19. §. 13. u. l. 29. §. 1. D. de aur. argent. leg. (XXXIV. 2.)

d) l. 2. §. 1. D. de in diem addict. (XVIII. 2.) l. 61. §. 2. D. de furt. (XLVII. 2.)

Zuſatz. Das Wort *accessio* wird im Röm. Recht bisweilen auch für Rechte und Verbindlichkeiten gebraucht, die zu einem Hauptrechte hinzukommen, z. B. Pfandrecht, Bürgſchaftsverbindlichkeit, §. 5. I. de fidejussor. (III. 20. od. 21.) l. 48. D. de solution. (XLVI. 3.), desgleichen für Perſonen, die bey einem Obligationsverhältniſſe nur als Nebenperſonen vorkommen, z. B. Bürgen, im Gegenſatz des Haupt-

schuldners. l. 43. D. cit. l. 91. §. 4. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) Vgl. auch von Buchholtz Versuche Nr. 6.

§. 66.

β) Fructus.

Tit. D. de usuris, et fructibus, et causis, et omnibus accessionibus, et mora. (XXII. 1.)

Fructus (Frucht) im eigentlichen Sinne heißt nur das, was unmittelbar aus einer Sache durch die Kräfte derselben erzeugt wird [a]); doch wird dieser Ausdruck im weitern Sinne auf allen Nutzen oder Gewinn bezogen, den man aus einer Sache ziehen, oder durch sie erlangen kann [b]). Hierauf gründet sich die bey den Neuern angenommene Eintheilung der Früchte in natürliche (fructus naturales*), worunter die wirklichen und unmittelbaren Erzeugnisse einer Sache zu verstehen sind, und bürgerliche Früchte (fructus civiles*), d. h. alle übrigen Nutzungen und Einkünfte, die man in Rechtsverhältnissen oder rechtlichen Beziehungen durch eine Sache erlangt [c]). Dahin gehören nun vornehmlich Pacht- und Miethgelder, ingleichen Dienstleistungen der Sclaven [d]). Was aber die Zinsen (usurae) anlangt, so werden sie bald von den Früchten ausdrücklich gesondert, bald zu denselben gerechnet, je nachdem nämlich der Begriff der Früchte im engern und eigentlichen, oder im weitern und uneigentlichen Sinne genommen wird [e]). Die natürlichen Früchte werden von den Neuern wiederum eingetheilt in fructus mere naturales*, d. h. solche, welche blos durch die Kräfte der Natur erzeugt werden, ohne daß es dazu der menschlichen Thätigkeit bedarf, (z. B. Obst, die Erzeugnisse einer Waldung), und in fructus industriales*, d. h. solche, zu deren Erzeugung menschliche Bemühung und Cultur erforderlich ist, (z. B. Feldfrüchte) [f]). So lange nun die natürlichen Früchte mit der Sache, welche sie hervorbringt, noch verbunden sind, heißen sie *fructus pendentes* oder *stantes* (a. u.) [g]); sind sie aber davon getrennt, so heißen sie *fructus separati* oder *percepti* (a. u.) [h]). Zwischen diesen beyden letztern Ausdrücken ist eigentlich folgender Unterschied: *percepti* heißen die Früchte, wenn sie bereits in den Besitz dessen, der zu ihrer Er-

werbung berechtiget ist, durch irgend eine zur Besitzergreifung geeignete Handlung gekommen sind; *separati* aber, wenn sie nur überhaupt von der fruchttragenden Sache getrennt sind, gleichviel auf welche Art, also auch durch Zufall, oder durch die Handlung eines Andern, der zu ihrer Erwerbung nicht berechtiget ist [i]). Solche Früchte, welche zwar hätten gezogen werden können, aber durch die Schuld oder Nachlässigkeit des Besitzers der fruchttragenden Sache nicht gezogen worden sind, heißen bey den Neuern: *fructus percipiendi;* und auch diese kommen in manchen Rechtsverhältnissen mit in Anschlag [k]). Ferner sind die Früchte entweder *exstantes* oder *consumti*, je nachdem sie sich noch im Besitze dessen, der sie eingesammelt hat, befinden, oder aber von ihm verbraucht oder veräußert worden sind [l]). Endlich pflegt man die Früchte auch einzutheilen in ordentliche (fructus ordinarii *), d. h. solche, welche das gewöhnliche Product einer Sache sind, und in außerordentliche (fructus extraordinarii *), d. h. solche, welche nicht als das gewöhnliche Product einer Sache angesehen werden können, (z. B. was aus Kalkgruben oder Steinbrüchen gewonnen wird) [m]). — Uebrigens wird bey den natürlichen Erzeugnissen einer Sache juristisch nur das als Frucht angesehen, was, nach Abzug der auf ihre Erzeugung, Einsammlung und Erhaltung verwandten Kosten, als Gewinn übrig bleibt [n]).

a) l. 121. D. de verb. signif. (L. 16.) Dafür kommt auch das Wort *fruges* vor. l. 77. D. eod.

b) l. 4. §. 2. D. si servit. vindic. (VIII. 5.) l. 19. §. 1. u. l. 49. D. h. t. l. 72. D. de regul. jur. (L. 17.) — Uebrigens bedeutet das Wort fructus bisweilen auch so viel, als *ususfructus*, d. h. das Nießbrauchsrecht, z. B. l. 33. pr. u. l. 57. §. 1. D. de usufr. (VII. 1.)

c) l. 62. pr. D. de rei vindic. (VI. 1.) „. . . . vectura, sicut usura, *non natura pervenit, sed jure percipitur*, ...“ Die bürgerlichen Früchte werden im Röm. Recht bisweilen durch folgende Redensarten bezeichnet: *loco sunt fructuum, pro fructibus accipiuntur, vicem fructuum obtinent, fructuum vice sunt.* l. 29. D. de hered. petit. (V. 3.) l. 34. u. 36. D. h. t. l. 83. pr. D. de legat. III. (XXXII.)

d) Vgl. die in der vorigen Note citirten Stellen, desgl. l. 39. §. 1. D. de legat. I. (XXX.)

e) l. 121. D. de verb. signif. (L. 16.) „Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia

causa est, id est nova obligatione.“ l. 34. D. h. t. Usurae vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari; . . . .“

f) l. 45. D. h. t. l. 48. pr. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.)

g) l. 44. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 12. §. 5. u. l. 27. pr. D. de usufr. (VII. 1.) l. 7. §. 15. D. solut. matrim. (XXIV. 3.) l. 26. §. 1. D. de furt. (XLVII. 2.)

h) §. 36. I. h. t. l. 51. pr. D. famil. ercisc. (X. 2.) l. 25. §. 1. D. h. t.

i) l. 12. §. 5. D. de usufr. (VII. 1.)„ . . . . fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separentur, ... Mox apprehensi fructuarii efficientur, ...“ l. 13. D. quib. mod. ususfr. amitt. (VII. 4.) „. . . . Julianus ait, fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit, bonae fidei autem possessoris mox, quam a solo separati sint.“ l. 25. §. 1. in f. D. h. t. l. 48. pr. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.)

k) §. 2. I. de offic. jud. (IV. 17.) l. 33. u. l. 62. §. 1. D. de rei vindic. (VI. 1.)

l) l. 22. §. 2. D. de pignorat. act. (XIII. 7.)

m) l. 77. D. de verb. signif. (L. 16.) — Doch wird der in einem Grundstück gefundene Schatz ausdrücklich vom Begriff der fructus gesondert. l. 7. §. 12. D. solut. matrim. (XXIV. 3.)

n) l. 36. §. 5. D. de hered. petit. (V. 3.) l. 46. h. t.

Zusatz. Die Sclavenkinder (partus ancillarum, a. u.) werden im Röm. Recht zwar zum Begriff der causa rei (s. §. 64.) gerechnet, l. 12. pr. D. quod metus caus. (IV. 2.) l. 17. §. 1. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 14. pr. D. h. t., nicht aber auch, wie die Jungen eines Thieres, zu den Früchten; (was jedoch noch zu Cicero's Zeit controvers war. Cic. de finib. I. 4.) l. 68. pr. D. de usufruct. (VII. 1.) l. 22. §. 3. D. ad SC. Trebell. (XXXVI. 1.) l. 48. §. 6. D. de furt. (XLVII. 2.) Als Grund davon wird in der l. 28. §. 1. D. h. t. u. §. 37. I. h. t. angeführt: „absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit.“ Ein anderer Grund wird in der l. 27. pr. D. de hered. petit. (V. 3.) angegeben: „quia non temere ancillae ejus rei causa comparantur, ut pariant.“ Vgl. Thibaut Civil. Abhandl. S. 35. u. 36. und des Verfassers Pr. de nonnullis causis, cur ICti Rom. reprehendendi videantur. (Lips. 1834.) p. 8.

§. 67.

2) Impensae.

Tit. D. de impensis in res dotales factis (XXV. 1.) a).

Impensae heißen überhaupt die zu irgend einem Zweck gemachten Verwendungen oder aufgewandten Kosten b). Hier

kommen sie zunächst in so fern in Betracht, als sie auf eine Sache und zum Besten derselben verwendet werden. Dergleichen Kosten sind von dreyfacher Art: entweder necessariae, oder utiles, oder voluptariae (auch voluptuosae genannt) [c]). — *Necessariae impensae* (b. a. u.) heißen solche Kosten, welche aufgewendet werden müssen, um die Sache vom Untergange zu retten, oder vor Verschlechterung zu bewahren [d]); *utiles impensae* (s. a. u.) aber solche, welche die Verbesserung der Sache, und die Vermehrung ihrer Einkünfte bezwecken, (sog. Meliorationen) [e]); und *voluptariae* oder *voluptuosae impensae* (n. a. u.) solche, welche nur darauf abzwecken, die Annehmlichkeit der Sache, oder das persönliche Vergnügen des Besitzers zu erhöhen [f]). Die Frage nun, ob und in wiefern Jemandem die auf eine fremde Sache verwandten Kosten zu vergüten seyen? ist verschieden zu beantworten, theils nach der Verschiedenheit der Kosten selbst, theils nach der Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse und der subjectiven Lage der Interessenten [g]). — Was übrigens die auf die Früchte verwandten Kosten anlangt, so sind sie allemal von demjenigen zu tragen, dem die Früchte zu Gute kommen [h]).

a) Die Ueberschrift dieses Titels, und dessen Stellung in den Digesten, daß er sich nämlich an die Lehre von der dos anschließt, ingleichen daß auch Ulpian VI. §. 14 — 17. bey Gelegenheit der dos von den impensae handelt, und daß bey den Definitionen ihrer verschiedenen Arten von den Röm. Juristen meistens auf die dos Rücksicht genommen wird, — Alles dieß ist daraus zu erklären, daß Eine der wichtigsten Anwendungen der Lehre von den impensae gerade bey der dos vorkommt, nämlich in Ansehung der Frage, in wiefern dem Ehemann die auf die dos verwandten Kosten wieder zu erstatten seyen? Doch ist dies keineswegs der einzige Fall der Anwendbarkeit dieser Lehre.

b) Dafür kommen bisweilen auch die Ausdrücke: expensae, impendia, sumtus, vor. Vgl. Brisson. unter diesen Worten. — Die Neuern pflegen einen im Röm. Recht nicht begründeten Unterschied zwischen *impensae* und *expensae* zu machen, so daß sie den erstern Ausdruck auf die Verwendungen in eine Sache, den letztern aber auf die durch eine Sache veranlaßten Auslagen (z. B. an Abgaben) beziehen.

c) Ulp. VI. §. 14. l. 1. pr. D. h. t.

d) Ulp. VI. §. 15. „*Necessariae* sunt impensae, quibus non factis dos (s. Not. a)) deterior futura esset, velut si quis ruinosas aedes refecerit.“ l. 1. §. 1. D. h. t. „*Necessariae* hae dicuntur, quae habent in se necessitatem impendendi.“ l. 14. pr. D. eod. l. 79

pr. D. de verb. signif. (L. 16.) „Impensae *necessariae* sunt, quae si factae non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit.“

e) Ulp. VI. §. 16. „*Utiles* sunt, quibus non factis quidem deterior dos non fuerit (oder fieret), factis autem fructuosior effecta est, veluti si vineta et oliveta fecerit.“ l. 5. §. 8. D. h. t. „*Utiles* autem impensae sunt, quas maritus utiliter fecit, remque meliorem uxoris fecerit.“ l. 79. §. 1. D. de verb. signif. „*Utiles* impensas esse Fulcinius ait, quae meliorem dotem faciant, (non) deteriorem esse non sinant; . . . .“

f) Ulp. VI, §. 17. „*Voluptuosae* sunt, quibus neque omissis deterior dos fieret, neque factis fructuosior effecta est; quod evenit in viridiariis et picturis similibusque rebus.“ l. 7. pr. D. h. t. „*Voluptariae* autem impensae sunt, quas maritus ad voluptatem fecit, et quae speciem exornant.“ l. 79. §. 2. D. de verb. signif. „*Voluptariae* sunt, quae speciem duntaxat ornant, non etiam fructum augent, ...“

g) Vgl. z. B. l. 38. D. de hered. petit. (V. 3.) l. 37. u. 38. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 5. C. eod. (III. 32.) l. 3. §. 4. D. de in rem verso (XV. 3.) l. 9. D. h. t. l. un. §. 5. C. de rei uxor. act. (V, 13.) — l. 13. D. de condict. furtiv. (XIII. 1.) l. 1. C. de infant. expos. (VIII. 52.)

h) l. 7. §. 16. D. solut. matrim. (XXIV. 3.) l. 16. D. h. t. Vgl. auch §. 66. Not. n).

Dritter Abſchnitt.

Von Handlungen überhaupt und von Rechtsgeſchäften insbeſondere.

§. 68.

Begriff von Thatſache und Handlung. Arten derſelben.

Thatſache (factum, oder res facti) überhaupt heißt jedes Ereigniß in der Sinnenwelt, gleichviel, ob es durch menſchliche Kraft und Willkühr bewirkt wird, oder eine andere Urſache hat, (z. B. eine Naturbegebenheit) [a]). Handlung aber (ebenfalls factum ſchlechthin, oder auch factum personae [b]), bisweilen auch actio [c]) genannt,) iſt die Kraftäußerung eines Menſchen, welcher den Gebrauch ſeines Verſtandes und ſeiner Willensfreyheit hat. Was daher z. B. von einem Wahnſinni-

gen geschieht, wird in juristischer Hinsicht nicht als Handlung, sondern vielmehr als Zufall betrachtet [d]). — Die Handlungen sind ihrer Natur nach entweder affirmative (auch positive genannt), oder negative, je nachdem sie entweder in einem bestimmten Thun, oder in einem Unterlassen bestehen [e]), und hinsichtlich ihres Verhältnisses zu den Rechtsnormen sind sie entweder erlaubte oder unerlaubte Handlungen (delicta, maleficia [f])). Die Letztern kommen nicht blos in criminalrechtlicher, sondern auch in privatrechtlicher Beziehung in Betracht, so fern nämlich aus ihnen die Verbindlichkeit zum Schadenersatz, oder auch zur Erlegung einer Privatstrafe entspringt [g]).

a) l. 16. D. de statu hom. (I. 5.) l. 60. pr. D. de condit. et demonstr. (XXXV. 1.) l. 1. §. 3. u. 4. D. de acquir. possess. (XLI. 2.)

b) l. 155. pr. D. de regul. jur. (L. 17.) l. 61. pr. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.)

c) z. B. l. 7. D. de public. judic. (XLVIII. 1.) — *Actus* kommt nicht sowohl für Handlung im Allgemeinen, als vielmehr für Rechtsgeschäft und Geschäftsverwaltung vor. Vgl. Brisson. unter diesem Wort. — Von *actum* wird in der l. 19. D. de verb. signif. (L. 16.) bemerkt, daß es das allgemeine Wort für jede juristische Handlung sey, während dagegen *gestum* einen juristischen Vorfall ohne mündliche Verhandlung bezeichne.

d) l. 61. in f. D. de administr. tutor. (XXVI. 7.)

e) §. 7. I. de verb. obligat. (III. 15. od. 16.) l. 7. u. 67. D. de condit. et demonstr. (XXXV. 1.)

f) l. 9. §. 2. D. de minor. (IV. 4.) l. 51. pr. D. de aedil. edict. (XXI. 1.) l. 39. D. solut. matrim. (XXIV. 3.) l. 1. §. 12. u. l. 2. D. de itin. actuque priv. (XLIII. 19.) — pr. I. de obligat. quae ex delict. nasc. (IV. 1.) l. 1. pr. u. l. 4. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.)

g) §. 18. u. 19. I. de action. (IV. 6.)

Zusatz. Oft werden die Ausdrücke *factum* und *jus* einander entgegengesetzt, und dann geht factum bald auf thatsächliche Umstände überhaupt, im Gegensatz der darauf anzuwendenden Rechtsgrundsätze, z. B. l. 79. §. 1. D. de judic. (V. 1.) l. 24. D. de regul. jur. (L. 17.) (daher auch insbesondere die Redensart: *facti quaestio est, non juris* u. dgl. vorkommt, wenn das Zweifelhafte eines Falles in den thatsächlichen Umständen, oder der Willensmeinung der Interessenten, nicht aber in den dabey einschlagenden Rechtsgrundsätzen liegt; l. 16. in f. D. de statu hom. [I. 5.] l. 94. D. de verb. obligat. [XLV. 1.] l. 122. D. de verb. signif. [L. 16.],) bald auf solche Thatsachen und Verhältnisse, welche entweder nicht die Natur eines eigentlichen Rechtes haben, l. 19. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.) l. 1. §. 3. D. de

acquir. possess. (XLI. 2.) l. 44. pr. D. de condit. et demonstr. (XXXV. 1.) l. 130. D. de verb. obligat., oder welche nicht nach ſtreng juriſtiſchen Regeln, ſondern nach allgemeinen und freyeren Rechtsanſichten beurtheilt werden, z. B. l. 7. §. 3. D. de curator. furios. (XXVII. 10.) „ . . . . . solutio, venditio, traditio *facti* magis, quam *juris* sunt.“ Vgl. auch §. 6. Note f).

§. 69.

Von den Rechtsgeſchäften. Begriff und Arten derſelben.

Rechtsgeſchäft (negotium [a]), bey den Neuern auch negotium juris) heißt eine jede an ſich erlaubte Willensmeinung, welche die Begründung oder Abänderung oder Aufhebung eines rechtlichen Verhältniſſes bezweckt [b]). In Rückſicht der dabey vorkommenden Hauptperſonen ſind die Rechtsgeſchäfte entweder einſeitige (negotia juris unilateralia *), oder zweyſeitige (neg. jur. bilateralia *), je nachdem nämlich dazu der Wille eines Einzigen hinreichend iſt (z. B. bey einem Teſtament), oder der übereinſtimmende Wille Mehrerer erfordert wird [c]). Hinſichtlich der Rechtsquelle, woraus ſie abzuleiten ſind, unterſcheidet man ſog. negotia juris gentium, und ſog. negotia juris civilis, je nachdem ſie nämlich im jus gentium, oder in dem eigenthümlichen Rechte der Römer begründet, und darnach zu beurtheilen ſind [d]). In Anſehung ihrer Natur und Wirkſamkeit ſind die Rechtsgeſchäfte: 1) Entweder ſog. negotia stricti juris, oder ſog. negotia bonae fidei, je nachdem ſie entweder blos nach den Beſtimmungen des ſtrengen Rechts (strictum jus), oder mehr nach freyeren Rechtsanſichten und Grundſätzen der Billigkeit (aequitas, vgl. Zuſatz zu §. 10. Nr. 5.) beurtheilt werden. Aus jenen entſpringt eine stricti juris actio, aus dieſen aber eine bonae fidei actio, (wovon das Nähere in die Lehre von den Klagen gehört). 2) Entweder Rechtsgeſchäfte auf den Todesfall (mortis causa), oder unter Lebenden (inter vivos), je nachdem ihre Wirkſamkeit vom Tode des einen oder andern Intereſſenten abhängig gemacht iſt, oder nicht [e]). 3) Entweder entgeltliche (ſog. negotia onerosa), d. h. ſolche, wodurch man Etwas für eine Gegenleiſtung erwirbt, (z. B. Kauf, Tauſch u. dgl.), oder unentgeltliche

(ſog. negotia gratuita, oder lucrativa), d. h. ſolche, wodurch man einen Gewinn macht, ohne eine Gegenleiſtung (z. B. reine Schenkungen, Legate, u. dgl.) [f]. — Uebrigens ſind unter den dem Röm. Recht eigenthümlichen Rechtsgeſchäften beſonders ausgezeichnet die *legis actiones* (n. a. u.) So heißen nämlich in der hierher gehörigen Bedeutung (welche von der urſprünglichen, in der dieſer Ausdruck die älteſten geſetzmäßigen Klagen bezeichnete [g]), abgeleitet iſt), ſolche Verhandlungen vor einer Obrigkeit, denen ein, jedoch nur ſcheinbarer, Rechtsſtreit (in ſo fern alſo doch eine legis actio im urſprünglichen Sinne,) als Form zum Grunde lag [h]). Damit ſind aber die *actus legitimi* (a. u.) nicht zu verwechſeln [i]). Dieſer Ausdruck nämlich, der überhaupt nur zweymal in unſern juriſtiſchen Quellen vorkommt [k]), und ſchon um deßwillen nicht füglich als ein eigentlicher Kunſtausdruck angeſehen werden kann, bezeichnet wahrſcheinlich eben ſo, wie *civile negotium* (a. u.) [l]), oder *civilis actio* [m]), weiter nichts, als civilrechtliche, (d. h. nicht ſchon im jus gentium begründete, oder doch im Röm. Recht eigenthümlich geſtaltete) Rechtshandlungen oder Rechtsgeſchäfte [n]).

a) Z. B. l. 2. §. 1. u. 2. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) l. 83. pr. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) l. 5. D. de regul. jur. (L. 17.) Vorzugsweiſe wird das Wort *negotium* auf ſolche Rechtsgeſchäfte bezogen, wobey man die Abſicht hat, den Andern verbindlich zu machen, z. B. l. 17. §. 3. D. commodat. (XIII. 6.), und daher der donatio entgegengeſetzt, z. B. l. 58. pr. D. de donat. inter vir. et uxor. (XXIV. 1.) l. 24. §. 4. D. solut. matrim. (XXIV. 3.) Vgl. von Meyerfeld's Lehre von den Schenkungen, B. 1. S. 18. fgg. — Uebrigens kommt dieſer Ausdruck oft auch für Geſchäfte oder Angelegenheiten überhaupt vor, z. B. in den Redensarten: negotia gerere, administrare u. dgl. Vgl. Brisson. v. *negotium*. — Ueber die ebenfalls auf Rechtsgeſchäfte bezüglichen Ausdrücke: *actus* und *actum* ſ. §. 68. Note. c).

b) Vgl. von Buchholtz Juriſtiſche Abhandl. S. 160 – 164.

c) l. 3. pr. D. de pollicitat. (L. 12.) — In einer andern Beziehung nennt man auch einſeitige Geſchäfte ſolche, wodurch nur ein Theil verpflichtet wird, (wie z. B. bey reinen Schenkungen,) zweyſeitige oder wechſelſeitige dagegen ſolche, woraus für beyde Theile Verbindlichkeiten entſpringen.

d) l. 5. D. de justit. et jur. (I. 1.) Vatic. fragment. §. 47. in f.

e) l. 1. pr. D. de assignand. libert. (XXXVIII. 4.) l. 27. D. de mortis causa donat. (XXXIX. 6.)

f) Im Röm. Recht kommt der Ausdruck *lucrativas causas* (a. u.) für unentgeltliche Erwerbsgründe vor, z. B. §. 6. I. de legat. (II. 20.) l. 13. §. 15. D. de act. emt. et vend. (XIX. 1.) l. 4. §. 14. D. de manumiss. (XL. 1.) Eine Aufzählung der dahin gehörigen Fälle findet ſich in der l. un. C. de impon. lucrat. descript. (X. 35.)

g) Gaj. IV. §. 11. Auch auf einzelne gerichtliche Handlungen ſcheint der Begriff legis actio bezogen worden zu ſeyn, z. B. auf die adjudicatio. Vatic. Fr. §. 49.

h) Z. B. die in jure cessio, Gaj. II. §. 24. Vatic. Fr. §. 49., die adoptio, (welche Theophil. I. 10. §. 1. νόμιμος πρᾶξις u. I. 11. pr. νομίμη πρᾶξις nennt), die emancipatio, Nov. 81. praef. — Ueber Vatic. Fr. §. 49., wonach es ſcheinen könnte, als ob auch das legatum mit zu den legis actiones gerechnet worden ſey, und dieſer Ausdruck daher in einem weitern Sinne alle in altförmlicher Art vorzunehmenden Rechtsgeſchäfte bezeichnet habe, ſ. des Verfaſſers Bemerk. über Röm. Rechtsgeſch. S. 88. u. 89. Note 210. — Uebrigens wird der Ausdruck *legis actio* oft auch auf Obrigkeiten bezogen, und bezeichnet dann die Befugniß derſelben, dergleichen Verhandlungen, denen ein ſcheinbarer Rechtsſtreit, als Form, zum Grunde lag, vor ſich vornehmen zu laſſen und zu auctoriſiren. Paul. II. 25. §. 4. l. 4. D. de adopt. (I. 7.) l. 1. C. eod. (VIII. 48.) l. 3. D. de offic. procons. (I. 16.) l. 1. D. de offic. jurid. (I. 20.)

i) Ehedem wurden nach dem Vorgang von Cujac. Observ. XV. 16. die legis actiones und die actus legitimi irrigerweiſe für ganz gleichbedeutend gehalten. Vgl. Dirkſen's Beiträge ꝛc. S. 223. Note 3.

k) l. 77. D. de regul. jur. (L. 17.) u. l. 21. C. de haeret. (I. 5.)

l) Ulp. XI. §. 27. l. 1. pr. D. de aestimat. (XIX. 3.) Auch für einen Rechtsſtreit oder Proceß kommt der Ausdruck *negotium civile* vor. l. 1. Th. C. de appellat. (XI. 30.)

m) Vatic. Fr. §. 47. in f.

n) In der l. 21. C. cit. (ſ. Note k)) wird dieſer Ausdruck vorzugsweiſe auf gerichtliche, in der l. 77. D. cit. (ſ. Note k)) dagegen auf außergerichtliche Rechtshandlungen bezogen. Wenn es nun alſo in der letztern Stelle heißt: „Actus legitimi, qui non (über die Nothwendigkeit dieſer, blos in der Florentiniſchen Handſchrift der Digeſten fehlenden Negation vgl. Dirkſen a. a. O. S. 221. Not. l.,) recipiunt diem, vel conditionem, veluti emancipatio, (nach der Florent. Handſch. mancipatio,) acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem," ſo ſollen damit die actus legitimi wohl weder definirt, noch auch vollſtändig aufgezählt, ſondern nur einige Beyſpiele von Rechtshandlungen, welche keine Bedingung und Zeitbeſtimmung zulaſſen, hervorgehoben werden. Doch ſuchten ehedem Viele, z. B. Heinecc. Antiquit. Roman. Prooem. §. 6., die Eigenthümlichkeit der actus legitimi darin, daß es feyerliche Rechtsgeſchäfte wären, welche weder die Hinzufügung von Bedingungen und Zeitbeſtim-

mungen, noch auch die Vollziehung durch einen Stellvertreter gestatteten. S. dagegen Höpfner von den legis action. u. actib. legitim. hinter seinem Institutionen-Commentar, Dirksen a. a. O. S. 221. fgg. und Zimmern's Rechtsgesch. B. 1. S. 416. 417. — Ueber das Verhältniß der actus legitimi zu den legis actiones vgl. auch des Verfassers Bemerkungen ꝛc. S. 87. u. 88. nebst der dazu gehörigen Note 209).

§. 70.

Form der Rechtsgeschäfte.

Bey einem jeden Rechtsgeschäfte ist die gesetzliche Form zu beobachten, d. h. alles das, wovon nach Rechtsvorschriften die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts abhängt. Insofern nun diese Rechtsbestimmungen sich auf den Inhalt und Gegenstand des Rechtsgeschäfts beziehen, pflegt man sie die innere Form, so fern sie sich aber auf die Einkleidung des Rechtsgeschäfts, oder die bey dessen Eingehung zu beobachtenden Feyerlichkeiten beziehen, die äußere Form zu nennen. Zur Letztern gehört z. B. bald der Gebrauch mündlich ausgesprochener Worte [a]), oder symbolischer Handlungen [b]), bald ein schriftlicher Aufsatz [c]), bald die Zuziehung von Zeugen [d]), oder von Notarien (tabelliones oder tabularii) [e]), bald die Mitwirkung der competenten Obrigkeit [f]), bald sogar die Bestätigung des Geschäfts von Seiten des Regenten [g]). Doch erfordert das Röm. Recht äußere Formalitäten für die Eingehung von Rechtsgeschäften im Allgemeinen nicht [h]); wo sie aber einmal vorgeschrieben sind, da ist ihre Beobachtung für die Gültigkeit des Geschäfts eben so wesentlich, wie die Beobachtung der innern Form [i]), und selbst wenn durch Privatwillkühr für ein Rechtsgeschäft eine bestimmte Form festgesetzt ist, hat vor deren Vollziehung das Geschäft noch keine rechtliche Wirksamkeit [k]). — Uebrigens zeigt sich auch in Ansehung der äußern Formalitäten bey Rechtsgeschäften ein unverkennbarer Unterschied zwischen dem Geist des ältern und des neuern Röm. Rechts. Während nämlich im ältern Rechte (auch abgesehen von den processualischen Verhandlungen) viele Rechtsgeschäfte an fest bestimmte Formulare und symbolische Handlungen gebunden waren [l]), hat dagegen das neuere Röm. Recht hierin der Willkühr der Interessenten einen viel freyern Spielraum gestattet [m]); und schon von selbst muß-

ten ſeit der Verlegung der Reſidenz in das öſtliche Reich, wegen der dortigen Herrſchaft der griechiſchen Sprache und orientaliſcher Sitten, viele an die Eigenthümlichkeit der Römiſchen Sprache und Römiſcher Sitten geknüpfte Formulare und Solennitäten in Abnahme kommen und allmählig ganz verſchwinden n).

a) z. B. Gaj. II. §. 166. u. III. §. 92. Ulp. XXII. §. 28. — pr. I. de verb. oblig. (III. 15 ob. 16.) l. 13 pr. u. §. 2. D. eod. (XLV. 1.) §. 12. I. de inutil. stipulat. (III. 19. ob. 20.)

b) Gaj. I. §. 119. u. 122. II. §. 102 — 104. Ulp. XX. §. 2. u. 9.

c) Gaj. III. §. 128. seqq. tit. I. de liter. obligat. (III. 21. ob. 22.) tit. C. de jure emphyteut. (IV. 66.) l. 8. C. qui testam. fac. poss. (VI. 22.)

d) Gaj. I. §. 119. u. II. §. 104. Ulp. XX. §. 2. l. 21. pr. §. 2. C. de testam. (VI. 23.) l. 8. §. 3. C. de codicill. (VI. 36.)

e) l. 8. C. qui testam. fac. poss. (VI. 22.) l. 22. §. 2. C. de jure deliber. (VI. 30.)

f) Gaj. III. §. 24. Ulp. XIX. §. 9. u. 10. l. 1. §. 2. u. l. 11. D. de reb. eor. qui sub tutel. (XXVII. 8.) l. 22. C. de administrat. tutor. (V. 37.) l. 2. pr. l. 3. u. 4. D. de adopt. (I. 7.) l. 11. C. eod. (VIII. 48.) l. 6. C. de emancipat. (VIII. 49.)

g) l. 2. pr. D. de adopt. l. 6. C. eod. l. 5. C. de emancipat.

h) l. 4. D. de fide instrument. (XXII. 4.) l. 28. C. de transact. (II. 4.)

i) arg. l. 5. C. de legib. (I. 14.)

k) l. 17. C. de fide instrum. (IV. 21.)

l) Gaj. I. §. 119. II. §. 24. 104. 117. 165. 166. 193. 201. 209. 216. III. §. 92. u. 93. Ulp. XX. §. 2. u. 9. XXI. §. 1. XXII. §. 27. 28. 33. u. 34. XXIV. §. 2 — 6. — §. 1. I. de verb. obligat. (III. 15. ob. 16.)

m) §. 1. I. cit. l. 10. C. de contrah. stipulat. (VIII. 38.) l. 15. C. de testam. (VI. 23.) l. 21. C. de legat. (VI. 37.) l. 2. C. commun. de legat. (VI. 43.) §. 2. I. de legat. (II. 20.)

n) Vgl. z. B. Gaj. II. §. 104. u. Ulp. XX. §. 9. mit §. 1. in f. I. de testam. ordinand. (II. 10.)

Zuſatz. In Bezug auf Contractsurkunden war, um möglichen Verfälſchungen derſelben vorzubeugen, durch ein Senatusconſult unter Nero verordnet worden, daß ſie am Rande um die Mitte durchbohrt, und mit einem durch dieſe Oeffnung dreyfach gezogenen Faden zugebunden, und nun über dieſen Faden die Siegel in Gegenwart von Zeugen angebracht werden ſollten. Sueton. in vit. *Neron.* c. 17. Paul. V. 25. §. 6. — Nach einer Verordnung Juſtinian's durften Notarien zu Conſtantinopel Urkunden auf kein anderes Papier ſchreiben, als worauf vorn

ein Zeichen (protocollum, πρωτόκολλον genannt,) mit dem gesetzlich bestimmten Inhalte stand, das sie auch nicht abschneiden durften. Nov. 44. c. 2.

§. 71.

Eigenschaften oder Bestandtheile der Rechtsgeschäfte.

Die verschiedenen Bestandtheile oder Eigenschaften der Rechtsgeschäfte sind von dreyerley Art: 1) Wesentliche (essentialia* oder substantialia*) [a], d. h. die zum Begriff und Bestehen eines Rechtsgeschäfts nothwendigen Erfordernisse, und diese sind wiederum entweder allgemeine, wenn sie sich auf alle Rechtsgeschäfte erstrecken, oder besondere, wenn sie nur bey bestimmten Rechtsgeschäften vorkommen, und die characteristischen Merkmale derselben ausmachen [b]. An den wesentlichen Bestandtheilen eines Rechtsgeschäfts kann auch durch die Willkühr der Interessenten nichts geändert werden; sonst gilt das Rechtsgeschäft entweder gar nicht, was gewöhnlich der Fall ist [c], oder wenigstens nicht als das, was es seyn sollte [d]. 2) Gewöhnliche oder natürliche (sog. naturalia negotii) [e], d. h. die nach der Natur eines Rechtsgeschäfts, und den dabey einschlagenden Rechtsbestimmungen, sich von selbst verstehenden Wirkungen desselben. Diese finden also bey einem Rechtsgeschäft schon von Rechtswegen, mithin auch ohne eine ausdrückliche darauf gerichtete Willenserklärung, Statt [f]; können jedoch in der Regel durch die Willkühr der Interessenten abgeändert werden [g]. 3) Zufällige (accidentalia*) [h], d. h. die einem Rechtsgeschäft beygefügten Nebenbestimmungen, welche sich nicht schon von selbst verstehen, sondern eine besondere dießfallsige Willenserklärung der Interessenten voraussetzen. — Was nun die allgemeinen wesentlichen Eigenschaften der Rechtsgeschäfte anlangt, so beziehen sie sich theils auf das Verhältniß des Geschäfts zu den Gesetzen, denen es nicht widerstreiten darf (vgl. §. 72.), theils auf die dabey vorkommenden Personen, welche die Fähigkeit zur Eingehung des Geschäfts haben müssen (vgl. §. 73.), theils auf das Object, welches dazu geeignet seyn muß, Gegenstand eines gültigen Rechtsgeschäfts zu seyn (vgl. §. 74.), theils auf die Willensbestimmung und Willenserklärung, der kein Hinderniß oder Mangel entgegenstehen darf (vgl.

§. 75.). — Uebrigens ſind von dieſen Erforderniſſen insbeſondere die, welche die ſubjective Handlungsfähigkeit und die Willensbeſtimmung betreffen, auf Handlungen überhaupt, ſofern dadurch Rechte und Verbindlichkeiten begründet werden ſollen, (alſo auch auf unerlaubte Handlungen,) anwendbar [i]).

a) Im Röm. Recht kommt das Wort *substantia* zwar auch bisweilen für die weſentlichen Merkmale oder Erforderniſſe eines Rechtsgeſchäfts vor, z. B. l. 3. C. de contrah. emt. (IV. 38.); doch bezeichnet es, in Anwendung auf Rechtsgeſchäfte oder Rechtsverhältniſſe, gewöhnlich die Natur und Wirkung derſelben. l. 6. D. de SC. Maced. (XIV. 6.) l. 3. pr. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) l. 8. C. de rescind. vendit. (IV. 44.)

b) Z. B. §. 34. I. de legat. (II. 20.) l. 20. D. de jure codicill. (XXIX. 7.) l. 14. C. de testam. (VI. 23.) — pr. I. de verb. obligat. (III. 15. od. 16.) l. 1. pr. u. §. 2. D. eod. (XLV. 1.)

c) l. 28. pr. D. de pact. (II. 14.) l. 1. §. 7. D. depos. (XVI. 3.) l. 12. §. 1. D. de pact. dotal. (XXIII. 4.) l. 5. §. 7. D. de administrat. tutor. (XXVI. 7.)

d) l. 36. u. 38. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 6. D. pro donat. (XLI. 6.)

e) Im Röm. Recht kommt das Wort *natura*, in Bezug auf Rechtsgeſchäfte und Rechtsverhältniſſe, ungefähr in dem nämlichen Sinne, wie substantia (vgl. Note a)), vor, alſo für das Weſen und die Eigenthümlichkeit derſelben, z. B. l. 7. §. 5. D. de pact. (II. 14.) l. 24. D. depos. (XVI. 3.) l. 21. §. 3. D. de testib. (XXII. 5.) l. 139. D. de verb. oblig. (XLV. 1.)

f) l. 3. D. de reb. cred. (XII. 1.) l. 11. §. 1. D. de act. emt. et vend. (XIX. 1.) „ . . . . . quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae *naturaliter* insunt hujus judicii potestati.“

g) l. 24. D. depos. (XVI. 3.) l. 10. pr. D. de peric. et comm. rei vend. (XVIII. 6.) l. 5. §. 4. D. de praescript. verb. (XIX. 5.) — Doch leidet dieſe Regel auch manche Beſchränkung, z. B. l. 2. 4. 5. §. 2. l. 6. 16. u. 17. D. de pact. dotal. (XXIII. 4.) l. 52. pr. D. de verb. oblig. (XLV. 1.)

h) Dafür kommt in der l. 72. pr. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) der Ausdruck adminicula vor, und außer dem auch bisweilen *adjectio*, z. B. l. 69. D. de hered. instit. (XXVIII. 5.) l. 30. §. 1. 2. u. 4. D. de legat. I. (XXX.) l. 6. §. 1. D. de pecul. leg. (XXXIII. 8.) l. 61. §. 2. D. de manumiss. test. (XL. 4.) l. 40. §. 7. D. de statulib. (XL. 7.), ſo wie auch *clausula*. S. hierüber Erinner. 1. zum §. 80.

i) Z. B. l. 5. §. 2. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) l. 23. D. de furt. (XLVII. 2.) l. 48. D. de reg. jur. (L. 17.)

§. 72.

Allgemeine wesentliche Erfordernisse der Rechtsgeschäfte:

A) In Ansehung ihres Verhältnisses zu den Gesetzen.

Die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte ist vor Allem durch ihre Uebereinstimmung mit den Gesetzen oder Rechtsvorschriften bedingt; denn jedes gesetz- oder rechtswidrige Geschäft ist, auch abgesehen von andern möglichen Nachtheilen, in der Regel als null und nichtig zu betrachten [a]). Doch leidet diese Regel hauptsächlich folgende Ausnahmen [b]): 1) Wenn das bey einem Rechtsgeschäft in Betracht kommende Gesetz blos ein dispositives ist (vgl. Zusatz zum §. 3. der Einleit.); von welcher Art die meisten Gesetze sind, welche für privatrechtliche Verhältnisse das, was der Eine dem Andern zu leisten habe, bestimmen. Dergleichen Gesetze können allerdings durch Privatautonomie für einzelne Fälle abgeändert werden, nach dem Grundsatz: „Contractus legem ex conventione accipiunt“ [c]), oder „Obligationum causae pactione possunt immutari“ [d]); während dagegen ein absolut gebietendes oder verbietendes Gesetz (perfecta lex, vgl. §. 15.) durch Privatwillkühr keineswegs abgeändert werden kann, nach der Regel: „Jus publicum privatorum pactis mutari non potest“, oder „Privatorum cautione legibus non esse refragandum constitit“, u. dgl. [e]). 2) Wenn ein Gesetz einem Geschäfte blos in so fern die Gültigkeit entzogen hat, daß keine Klage daraus statthaft seyn soll, ohne jedoch die aus demselben entspringende natürliche Verbindlichkeit ganz aufzuheben (imperfecta lex) [f]). 3) Wenn ein verbietendes Gesetz mit der Uebertretung seines Verbotes ausdrücklich eine andere nachtheilige Folge, als die Nichtigkeit der verbotenen Handlung, verknüpft hat (minus quam perfecta lex) [g]). — Uebrigens ist ein Rechtsgeschäft, welches den Rechten dritter Personen Eintrag thut, zwar für diese nicht bindend, und also ohne nachtheilige Wirkung; doch können unter den Interessenten selbst allerdings Rechte und Verbindlichkeiten daraus entspringen [h]).

a) l. 28. pr. D. de pact. (II. 14.) l. 6. pr. u. §. 1. D. de pact. dotal. (XXIII. 4.) l. 55. D. de legat. I. (XXX.) l. 5. C. de legib. (I. 14.)

b) Vgl. Glück's Einleit. in das Stud. des Röm. Privatr. S. 54. fgg.

c) l. 1. §. 6. D. depos. (XVI. 3.)

d) l. 27. D. de regul. jur. (L. 15.)

e) Vgl. Zusatz zum §. 8.

f) Vgl. §. 15. Note f) g) u. i).

g) Vgl. §. 15. Note e) u. i).

h) §. 3. u. 21. I. de inutil. stipulat. (III. 19. od. 20.) l. 65. in f. D. de fidejussor. (XLVI. 1.) tit. C. de reb. alien. non alienand. (IV. 51.) — §. 4. u. 5. I. de legat. (II. 20.) l. 28. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 6. C. si aliena res pign. (VIII. 16.)

§. 73.

B) In Ansehung der Personen.

Die bey einem Rechtsgeschäfte als Urheber oder Theilnehmer vorkommenden Personen müssen zu juristischen Handlungen überhaupt, und zur Eingehung des in Frage stehenden Geschäfts insbesondere fähig seyn. Die juristische Handlungsfähigkeit überhaupt setzt voraus, daß man den Gebrauch seines Verstandes und seiner Willensfreyheit habe, und es sind daher weder infantes, noch auch furiosi, ausgenommen in lichten Zwischenräumen, zu juristischen Handlungen fähig [a]). Nächstdem ist zur Eingehung von Rechtsgeschäften, sofern es sich dabey nicht blos um einen Erwerb handelt, auch die Dispositionsbefugniß hinsichtlich des Vermögens erforderlich, und es sind daher z. B. erklärte Verschwender gar nicht, Unmündige aber und andere unter einer Vormundschaft befindliche Personen nur unter gewissen Beschränkungen befähigt, dergleichen Geschäfte einzugehen [b]). Außerdem kommen bey einzelnen Arten der Rechtsgeschäfte noch besondere persönliche Eigenschaften in Betracht, wodurch die Fähigkeit zur Eingehung derselben bedingt ist [c]).

a) Gaj. III. §. 106. u. 109. — Ulp. XX. §. 12. u. 13. — §. 1. I. quib. non permitt. fac. testam. (II. 12.) §. 8. u. 10. I. de inutil. stipulat. (III. 19. od. 20.) l. 5. D. de regul. jur. (L. 17.) l. 2. C. de contrah. emt. (IV. 38.) l. 6. C. de curat. furios. (V. 70.)

b) Ulp. XII. §. 13. §. 9. I. quib. non permitt. fac. testam. l. 6. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) — Gaj. III. §. 107. 108. Ulp. XI. §. 27. u. XX. §. 15. — §. 9. u. 10. I. de inutil. stipulat. l. 5. D. de regul. jur. l. 3. C. de in integr. restitut. minor. (II. 22.) — Ueber die Fähigkeit der Hauskinder zu Rechtsgeschäften, ſ. §. 6. in f. I. de inutil. stipulat. l. 39. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) u. l. 141. §. 2. D. de verb. oblig. (XLV. 1.)

c) Z. B. Gaj. III. §. 105. Ulp. XX. §. 13. u. 14. — pr. §. 3 — 5. I. quib. non permitt. fac. test. §. 7. I. de inutil. stipulat.

§. 74.

C) In Anſehung des Gegenſtandes.

Der Gegenſtand eines Rechtsgeſchäfts, er beſtehe in einer körperlichen Sache, einer Handlung, oder einem Rechte, muß von der Art ſeyn, daß ſowohl nach der Natur der Sache, als nach Rechtsbeſtimmungen eine gültige Verfügung darüber getroffen werden kann [a]). Dieß iſt aber nicht der Fall 1) bey Sachen, welche gar nicht exiſtiren [b]), (was jedoch nicht auch auf künftige Sachen bezogen werden darf [c]);) desgleichen bey ſolchen Sachen, welche dem bürgerlichen Verkehr entzogen ſind [d]). 2) Bey Handlungen, welche entweder phyſiſch unmöglich ſind [e]), (worauf ſich der Satz bezieht: „Impossibilium nulla obligatio est“ [f]),) oder welche den Geſetzen oder den guten Sitten widerſtreiten [g]). 3) Bey Rechten, welche dem, der ſie erwerben ſoll, gar keinen Nutzen gewähren würden [h]). — Uebrigens darf auch der Gegenſtand eines Rechtsgeſchäfts nicht ſo allgemein und unbeſtimmt ſeyn, daß er keinen ſichern Maaßſtab zur Beurtheilung der Rechte und Verbindlichkeiten, welche durch das Geſchäft begründet werden ſollen, darböte [i]).

a) pr. I. de inutil. stipulat. (III. 19. ob. 20.) l. 7. §. 16. D. de pact. (II. 14.) — §. 13. u. 21. I. de legat. (II. 20.) §. 7. I. de verb. obligat. (III. 15.)

b) Gaj. III. §. 97. §. 1. I. de inutil. stipulat. l. 1. §. 9. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.)

c) Vgl. §. 57. Note k).

d) Gaj. III. §. 97. in f. §. 4. I. de legat. (II. 20.) §. 2. I. de inutil. stipulat. l. 34. §. 1. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 39. §. 8 — 10.

D. de legat. I. (XXX) l. 1. §. 9. in f. D. de obligat. et act. l. 83. §. 5. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) Vgl. §. 51 — 56.

e) l. 35. pr. D. eod. §. ult. I. de legat. l. 31. D. de regul. jur. (L. 17.)

f) l. 185. D. eod.

g) §. ult. I. de legat. l. 7. §. 3. D. de pact. (II. 14.) l. 6. C. eod. (II. 3.) l. 112. §. 3. D. de legat. I. l. 26. u. l. 35. §. 1. D. de verbor. obligat.

h) l. 61. D. de pact. l. 15. pr. D. de servitut. (VIII. 1.) — §. 22. I. de inutil. stipulat. §. 14. I. de legat.

i) l. 71. pr. in f. D. de legat. I. l. 94. u. 115. pr. D. de verb. obligat. l. 1. C. de dotis promiss. (V. 11.) Eine Ausnahme dieser Regel kommt vor in l. 3. C. eod. u. l. 69. §. 4. D. de jure dot. (XXIII. 3.). Ueber den Grund davon ſ. l. 70. D. eod. u. l. 25. C. ad SC. Vellej. (IV. 29.)

§. 75.

D) In Anſehung der Willensbeſtimmung und Willenserklärung.

Die zu einem jeden Rechtsgeſchäft nothwendige Willensbeſtimmung und Willenserklärung der Intereſſenten muß ſo beſchaffen ſeyn, daß ſie für den wahren Willen derſelben gelten kann. Dazu iſt nun in Anſehung der Willensbeſtimmung erforderlich, daß ſie nicht nur frey ſey, (was durch manche Umſtände gehindert wird, ſ. §. 76) ſondern auch ernſtlich gemeint. Was daher blos im Scherz geſchieht, begründet eben ſo wenig ein Rechtsgeſchäft [a]), als was blos zum Schein (simulate) verhandelt wird [b]). Wenn indeſſen hinter einem blos zum Schein vorgenommenen Geſchäft ein ernſtlich beabſichtigtes verſteckt wird, ſo gilt zwar auch hier das bloße Scheingeſchäft nicht, wohl aber das ernſtlich gewollte Geſchäft, nach der Regel: „Plus valere, quod agitur, quam quod simulate concipitur“ [c]), vorausgeſetzt, daß es den Rechten nach beſtehen kann [d]). — Was hiernächſt die Willenserklärung anlangt, ſo muß ſie vollſtändig geſchehen [e]), und verſtändlich ſeyn [f]). Doch brauchen die Perſonen und Sachen, von denen in einem Rechtsgeſchäft die Rede iſt, nicht gerade mit ihren eigenthümlichen Namen bezeichnet zu werden, ſondern eine Beſchreibung derſelben (demonstratio) gilt eben ſo viel [g]), und ſelbſt eine Unrichtigkeit in der Beſchreibung ſchadet Nichts, wenn nur die Willensmeinung ſelbſt nicht zweifelhaft iſt [h]). — Ueberhaupt iſt

die Willenserklärung, hinsichtlich ihrer Form, entweder eine ausdrückliche, oder eine stillschweigende. Die Erstere geschieht durch Worte, gleichviel ob mündlich oder schriftlich [i]), oder auch durch Zeichen, welche die Stelle der Worte vertreten [k]). Die Letztere aber geschieht durch Handlungen, (actu, re, re ipsa, oder rebus et factis [l]),) aus denen eine bestimmte Willenserklärung mit Sicherheit oder rechtlicher Nothwendigkeit zu folgern ist (sog. sprechende Handlungen, facta concludentia *) [m]). In diese Kategorie gehören solche Handlungen, welche, wenn nicht eine bestimmte Willenserklärung des Handelnden dadurch ausgedrückt werden sollte, zweck- und bedeutungslos, oder gar rechtswidrig seyn würden [n]). In dem bloßen Stillschweigen aber liegt an und für sich weder eine Zustimmung noch Mißbilligung [o]); doch ist es alsdann für eine Einwilligung zu achten, wenn es nach den Umständen, oder nach dießfallsigen Rechtsbestimmungen keine andere Deutung gestattet, wie dieß der Fall ist, wenn Jemand weiß, daß Etwas, das ihn juristisch interessirt, vorgegangen sey, oder eben vorgehe, oder vorgehen solle, und dabey Aufforderung oder doch Gelegenheit hat, zu widersprechen, gleichwohl aber den Widerspruch unterläßt [p]). Nur unter diesen Voraussetzungen also kann der Gemeinspruch: *Qui tacet, consentit,* für wahr gelten [q]). — Wenn man übrigens seine Einwilligung zu einer Handlung nicht schon vorher, oder zu der Zeit, wo sie vorgeht, sondern erst in der Folge, zu erkennen giebt, sey es ausdrücklich oder stillschweigend [r]), so heißt dieß Genehmigung im engern Sinne (ratihabitio), und diese hat in der Regel gleiche Wirkung mit der vorhergehenden Einwilligung [s]).

a) l. 3. §. 2. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.)

b) l. 55. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) „Nuda et imaginaria venditio pro non facta est, ... " l. 54. D. de obligat. et act. „Contractus imaginarii . . . . juris vinculum non obtinent, quum fides facti simulatur, non intercedente veritate." l. 21. C. de transact. (II. 4.) „ . . . . his, quae simulate geruntur, pro infectis habitis, ... "

c) Tit. C. Plus valere, quod agitur, quam quod simulate concipitur. (IV. 22.) l. 46. D. locat. (XIX. 2.) l. 6. D. pro donat. (XLI. 6.) l. 3. u. 9. in f. C. de contrah. emt. (IV. 38.)

d) l. 38. D. eod. (XVIII. 1.) l. 5. §. 5. l. 7. §. 6. l. 32. §. 24. u. 25 D. de donat. int. vir. et uxor. (XXIV. 1.) l. 3. C. de postul. (II. 6.

e) l. 29. pr. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.) l. 55. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.)

f) l. 73. §. 3. D. de regul. jur. (L. 17.)

g) l. 34. pr. D. de condit. et demonstr. (XXXV. 1.) „. . . . demonstratio plerumque vice nominis fungitur. . . . .“

h) l. 34. pr. D. cit. u. l. 17. §. 1. D. eod.

i) l. 38. D. de obligat. et act. „. . . . placuit, non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.“

k) l. 52. §. 10. D. eod. „Sed et nutu solo pleraque consistunt.“ l. 21. pr. D. de legat. III. (XXXII.) l. 17. D. de novat. (XLVI. 2.)

l) l. 5. D. ratam rem hab. (XLVI. 8.) l. 95. D. de acquir. her. (XXIX. 2.) l. 37. pr. D. ad SC. Trebell. (XXXVI. 1.) l. 32. §. 1. D. de legib. (I. 3.)

m) Gewöhnlich nimmt man an, daß eine ſtillſchweigende Einwilligung auch durch Worte erklärt werden könne, wenn ſie nämlich die Abſicht des Redenden in Bezug auf ein beſtimmtes Rechtsverhältniß zwar nicht geradezu ausdrückten, aber doch in ſich ſchlöſſen, vgl. z. B. Höpfner's Inſtitutionen-Commentar §. 735., Glück's Erläut. d. Pand. Th. 4. S. 88. Doch gehört dieß wohl mehr zur Interpretation der Rechtsgeſchäfte, als unter den Begriff der ſtillſchweigenden Willenserklärung.

n) Beyſpiele dieſer Art in der l. 2. §. 1. u. l. 57. pr. D. de pact. (II. 14.) l. 1. §. 4. D. quod jussu. (XV. 4.) l. 26. §. 1. in f. D. de pignor. (XX. 1.) l. 3. §. 1. D. de liberat. leg. (XXXIV. 3.) l. 7. C. de remiss. pign. (VIII. 26.)

o) l. 8. §. 15. D. quib. mod. pign. solv. (XX. 6.) l. 142. D. de regul. jur. „Qui tacet, non utique fatetur; sed tamen verum est, eum non negare.“

p) l. 4. pr. D. de noxal. act. (IX. 4.) l. 16. D. de SC. Macedon. (XIV. 6.) l. 6. §. 2. u. l. 18. D. mandat. (XVII. 1.) l. 12. D. de evict. (XXI. 2.) l. 7. §. 1. u. l. 12. pr. D. de sponsal. (XXIII. 1.) l. 2. §. 2. D. solut. matrim. (XXIV. 3.) l. 63. D. de re judic. (XLII. 1.) l. 5. C. de nupt. (V. 4.)

q) Vgl. Glück a. a. O. S. 89. fgg., und die daſelbſt Note 36) angef. Schriftſteller.

r) l. 5. D. ratam rem hab. (XLVI. 8.)

s) l. 12. §. 4. D. de solut. (XLVI. 3.) „. . . . rati enim habitio mandato comparatur.“ l. 56. D. de judic. (V. 1.) l. 16. §. 1. D. de pignor. (XX. 1.) l. 7. pr. C. ad SC. Macedon. (IV. 28.) l. 25. in f. C. de donat. int. vir. et ux. (V. 16.) — Vgl. übrigens Busse de ratihabit. (Lips. 1834.)

Zuſatz 1. Im ältern Röm. Recht kamen Scheingeſchäfte ſehr häufig vor, um gewiſſen ſolennen Rechtsformen zu genügen. So beruhete z. B. die mancipatio, welche vielen Rechtsgeſchäften, als Form, zum Grunde lag, auf einem bloßen Scheinkauf (imaginaria venditio). Gaj. I.

§. 119. Auch riethen die Röm. Juriſten ſelbſt für manche Fälle die Eingehung eines Scheingeſchäfts an, um durch ein ſolches Auskunftsmittel einen rechtlichen Zweck zu erreichen, zu dem man auf geradem Wege nach der Strenge und Conſequenz des Civilrechts nicht gelangen konnte. l. 66. D. de jure dot. (XXIII. 3) — Uebrigens wird von dem, was blos zum Schein oder um der Form willen geſchieht, der Ausdruck gebraucht: *dicis gratia* oder *dicis causa*, Gaj. I. §. 141. u. 190. II. §. 103. 104. u. §. 252. l. 4. D. commodat. (XIII. 6.) l. 1. §. 34. D. de SC. Silan. (XXIX. 5.), und ein blos zum Schein angenommenes Geldäquivalent heißt: *nummus unus* (n. a. u.) Gaj. II. §. 252. l. 46. D. locat. (XIX. 2.) l. 66. D. de jure dot.

Zuſatz 2. Von der ſtillſchweigenden Willenserklärung iſt zu unterſcheiden die vermuthete Einwilligung (consensus praesumtus*), welche auf allgemeinen, im Rechte anerkannten Gründen der Wahrſcheinlichkeit beruht, z. B. l. 35. pr. D. de procurator. (III. 3.) Sie läßt jedoch den Beweis des Gegentheils zu. l. 40. §. 4. D. eod. l. 33. §. 2. in f. D. de legat. III. (XXXII.): „. . . . . quod *praesumtum* esse debet, nisi contrarium ab herede approbetur.“ Uebrigens wird bisweilen im Rechte ſelbſt bey willensunfähigen Perſonen, z. B. bey Wahnſinnigen, aus Rückſicht auf die beſondern Umſtände, die Einwilligung angenommen. l. 2. §. 2. D. solut. matrim. (XXIV. 3.) l. 16. D. de bon. possess. (XXXVII. 1.) Dieß nennen Manche consensus fictus, während dagegen Andere dieſen Begriff für ein Unding erklären. S. z. B. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 4. S. 101.

§. 76.

Hinderniſſe der freyen Willensbeſtimmung.

Die Freyheit der Willensbeſtimmung oder eines Entſchluſſes iſt nicht blos bey willensunfähigen Perſonen (alſo namentlich Kindern und Wahnſinnigen, vgl. §. 73. Note a),) unmöglich, ſondern kann auch bey willensfähigen Perſonen durch vorübergehende Zuſtände momentan geſtört werden, namentlich durch heftige Gemüthsbewegungen, unter welchen insbeſondere der Zorn in unſeren Quellen berückſichtiget wird [a]). Hauptſächlich aber kommen folgende Umſtände als Hinderniſſe oder Mängel der freyen Willensbeſtimmung in Betracht: Zwang und Furcht, Betrug, Irrthum und Unwiſſenheit; von denen hier noch ſpeciell zu handeln iſt.

a) l. 48. D. de regul. jur. (L. 17.): „Quidquid in *calore iracundiae* vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseveran-

tia apparuit, judicium animi fuisse; . . . . . [a] l. 8. D. de divort. (XXIV. 2.) l. 19. C. de inoffic. testam. (III. 28.)

§. 77.

1) Zwang und Furcht.

Tit. D. quod metus causa gestum erit. (IV. 2.)
Tit. C. de his, quae vi metusve causa gesta sunt. (II. 20.)

Vis iſt nach der Legaldefinition: „majoris rei impetus, qui repelli non potest“ [a]), und von *metus* lautet die Legaldefinition ſo: „instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio“ [b]). Jene Definition geht dem Wortſinne nach zunächſt auf den phyſiſchen Zwang, oder die durch körperliche Handlungen bewirkte Nöthigung [c]), während dagegen hier, als Hinderniß der freyen Willensbeſtimmung, vorzugsweiſe der pſychologiſche Zwang in Betracht kommt. Dieſer beſteht nämlich in der Androhung eines Uebels, um dadurch Jemanden zu einer Willensbeſtimmung oder Handlung, (dieſe mag eine affirmative, oder eine negative ſeyn,) zu bewegen; und die Furcht beſteht in der durch die Drohung und die Erwartung eines bevorſtehenden Uebels erregten ängſtlichen Gemüthsſtimmung. Beyde Begriffe verhalten ſich alſo zu einander, wie Urſache und Wirkung [d]), und werden daher auch bisweilen mit einander verbunden [e]). So wie nun aber der Zwang als ein Hinderniß der freyen Willensbeſtimmung nur dann in Betracht kommt, wenn er unrechtmäßig iſt (auch vis atrox genannt) [f]), ſo iſt dieß auch bey der Furcht nur dann der Fall, wenn das angedrohte Uebel, wodurch ſie erregt wird, von der Art iſt, um auf einen unerſchrockenen Menſchen Eindruck zu machen (justus metus oder timor, oder metus non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat) [g]); während dagegen eine ſolche Furcht, welche blos in der Einbildung eines Uebels, oder in einer allzu ängſtlichen Gemüthsſtimmung ihren Grund hat (supervacuus oder vanus timor), in rechtlichen Beziehungen nicht weiter berückſichtigt wird [h]). — Eine durch Zwang und Furcht veranlaßte Rechtshandlung iſt nun zwar in der Regel nicht ſchon an und für ſich nichtig [i]); doch

kann ſie durch eigends dazu beſtimmte Rechtsmittel angefochten und unwirkſam gemacht werden [k]).

a) l. 2. D. h. t. — Bey Paul. I. 7. §. 7. heißt es: „*Vis est major* (nicht: majoris) rei impetus, qui repelli non potest.

b) l. 1. D. h. t.

c) In criminalrechtlicher Hinſicht wird vis *publica* und *privata* unterſchieden, je nachdem ſie mit oder ohne Waffen ausgeübt worden iſt, §. 8. I. de public. judic. (IV. 18.)

d) l. 1. D. h. t. „Ait Praetor: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.* Olim ita edicebatur: *quôd vi metusve causa;* vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati, ... Sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcunque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur."

e) Z. B. l. 16. §. 1. D. de liber. caus. (XL. 12.)

f) l. 3. §. 1. u. l. 23. §. 2. D. h. t. Dahin gehört alſo nicht z. B. der von einer Obrigkeit rechtmäßig ausgeübte Zwang. l. 3. §. 1. D. cit.

g) l. 5. 6. 7. u. 9. pr. D. h. t. l. 3. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.)

h) l. 2. §. 1. u. l. 3. D. eod. l. 5 — 7. u. l. 9. pr. D. h. t. l. 184. D. de regul. jur. (L. 17.) l. 9. C. h. t. Auch wer aus bloßer Ehrfurcht (metus reverentialis*) in Etwas einwilligt, iſt nicht für gezwungen zu achten. l. 22. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) l. 6. C. h. t. S. jedoch l. 1. §. 6. D. quar. rer. act. non dat. (XLIV. 5.)

i) l. 21. §. 5. D. h. t. „Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; . . . . " Doch kommen manche Ausnahmen von dieſer Regel vor, z. B. l. 21. §. 3. u. l. 22. D. h. t. l. 1. §. 1. D. de auctor. tut. (XXVI. 8.) l. 20. §. 10. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.) l. 1. C. si quis aliquem testari prohib. (VI. 34.)

k) l. 21. §. 1. 5. u. 6. l. 23. §. 1. D. h. t. l. 3. 4. 5. u. 7. C. h. t. l. 1. C. de rescind. vendit. (IV. 44.)

Zuſatz. Vom Zwange iſt zu unterſcheiden die bloße Ueberredung. Dieſe ſteht der rechtlichen Gültigkeit der dadurch veranlaßten Handlung nicht entgegen, l. 3. D. si qui aliquem testari prohib. (XXIX. 6.) l. 3. C. eod. (VI. 34.), nur darf mit der Ueberredung kein eigentlicher dolus verbunden ſeyn. l. 9. §. 1. D. de dolo mal. (IV. 3.) l. 7. C. eod. (II. 21.)

§. 78.

2) Betrug.

Paulus I. 8. de dolo malo.

Die gleichlautenden Titel der Dig. (IV. 3.), des Th. C. (II. 15.) u. des J. C. (II. 21.)

Dolus wird zwar oft gleichbedeutend mit mala fides gebraucht für jedes wiſſentlich begangene Unrecht, oder das Be-

wußtſeyn, daß die Handlung, welche man vornimmt, oder der Zuſtand, in welchem man ſich befindet, widerrechtlich ſey [a]). Im eigentlichen oder engern Sinne aber, welcher hierher gehört, bezeichnet *dolus* den Betrug, d. h. die abſichtliche Erweckung eines Irrthums in einem Andern, oder doch die Benutzung des vorhandenen Irrthums zu einem beſtimmten Zweck [b]). Der dolus in dieſem Sinne iſt nach der Anſicht des Röm. Rechts entweder ein *dolus bonus* (n. a. u.), oder ein *dolus malus* (n. a. u.), je nachdem er nämlich entweder eine rechtlich erlaubte oder eine unerlaubte Liſt und Täuſchung enthält [c]). Für einen dolus bonus ſieht das Röm. Recht hauptſächlich die gegen einen Feind oder Räuber, oder zur Erhaltung des Seinigen gebrauchte Liſt an [d]). Auf den dolus malus, der oft auch dolus ſchlechthin heißt, und gleichbedeutend mit fraus iſt [e]), alſo jede rechtswidrige Täuſchung bezeichnet, gehen die von Ulpian angeführten [f]) Definitionen von Servius Sulpicius und von Labeo. Der Erſtere definirte nämlich den *dolus malus* ſo: „machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur, et aliud agitur“ [g]). Der Letztere aber, mit jener Definition nicht ganz einverſtanden, ſtellte vielmehr folgende, auch von Ulpian gebilligte Definition auf: *dolum malum* esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam“ [h]). — In Anſehung des Einfluſſes auf Rechtsgeſchäfte iſt der dolus nach der bey den Neuern üblichen Terminologie entweder *dolus causam dans*, oder *dolus incidens*. Unter dem Erſtern verſteht man nämlich einen ſolchen Betrug, in welchem die Veranlaſſung zur Eingehung eines Geſchäfts liegt, ſo daß der Betrogene, wenn er um den Betrug gewußt hätte, das Geſchäft gar nicht eingegangen ſeyn würde; unter dem Letztern aber einen ſolchen Betrug, welcher nicht das Geſchäft ſelbſt veranlaßt, ſondern nur bewirkt, daß es unter andern, und zwar für den Betrogenen nachtheiligern, Bedingungen eingegangen wird, als es ſonſt der Fall geweſen ſeyn würde. Ein Betrug der erſtern Art hat zur Folge, daß das dadurch veranlaßte Rechtsgeſchäft nichtig iſt, oder angefochten werden kann, während dagegen ein Betrug der letztern Art dem Betrogenen nur das Recht auf Entſchädigung giebt, ohne das Geſchäft ſelbſt wieder aufzuheben [i]). — Uebrigens liegt darin, daß

man im Handel und Wandel einen, dem wahren Werth der Sache nicht angemeſſenen, pecuniären Vortheil zu erlangen ſucht, an ſich eben ſo wenig ein Betrug [k]), als in der bloßen Anpreiſung oder Empfehlung einer zu veräußernden Sache [l]).

a) l. 2. §. 8. D. vi bonor. rapt. (XLVII. 8.) l. 7. D. ad leg. Cornel. de sicar. (XLVIII. 8.) l. 173. §. 3. D. de regul. jur. (L. 17.) Daher wird auch eine widerrechtliche Gewaltthätigkeit als dolus betrachtet. l. 14. §. 13. D. quod metus causa. (IV. 2.) In einem noch weitern Sinne geht dolus überhaupt auf Alles, was mit rechtlich anerkannten Rückſichten der Billigkeit unvereinbar iſt, beſonders in dem Ausdruck: *doli exceptio* (a. u.), oder doli mali exceptio (a. u.) z. B. §. 30. 32 — 34. I. de rer. divis. (II. 1.) §. 30. I. de action. (IV. 6.) l. 2. §. 5. D. de doli mal. except. (XLIV. 4.) l. 36. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) „. . . . etsi nullus dolus intercessit stipulantis, sed *ipsa res in se dolum habet;* quum enim quis petat ex ea stipulatione, *hoc ipso dolo facit, quod petit.*“

b) l. 1. pr. u. §. 2. D. h. t. l. 7. §. 9. u. 10. D. de pact. (II. 14.) l. 43. §. 2. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.)

c) l. 1. §. 3. D. h. t. „Non fuit autem contentus Praetor *dolum* dicere, sed adjecit *malum*, quoniam veteres *dolum* etiam *bonum* dicebant, ...“ — Festus v. *doli*. Auch Gellius XII. 9. führt das Wort *dolus* unter den Beyſpielen der vocabula *media* an.

d) l. 1. §. 2. u. 3. D. h. t. — Ein anderes Beyſpiel eines dolus *bonus* führt Donat. ad Terent. Eunuch. V. 5. v. 8. an, nämlich die Täuſchung, die ein Arzt ſich gegen die Kranken erlaube. — Uebrigens glaubt von Buchholtz Juriſt. Abhandl. Nr. 21., daß es im Juſtinianiſchen Rechte keinen dolus *bonus* mehr gebe.

e) l. 7. §. 10. D. de pact. „. . . . *inest* enim *dolo et fraus.*“ l. 3. §. 3. D. pro socio (XVII. 2.) „. . . . fides bona contraria est fraudi et dolo.“ l. 79. D. de regul. jur. (L. 17.) Vorzugsweiſe wird indeſſen fraus auch auf den Erfolg des dolus, nämlich auf den dadurch bewirkten Vermögensſchaden, bezogen. l. 1. §. 15. in f. D. si quid in fraud. patron. (XXXVIII. 5.) „. . . . *fraus* enim in damno accipitur pecuniario.“ Ueber das Verhältniß der beyden Begriffe: *fraus* u. *dolus*, vgl. auch Mühlenbruch in der Fortſetz. von Glück's Comment., Th. 36. S. 80. fgg. Note 72).

f) l. 1. §. 2. D. h. t.

g) Auch Aquilius beſtimmte, wie Cic. de offic. III. 14. bemerkt, den *dolus malus* ſo: „Cum esset aliud simulatum, aliud actum.“ Uebereinſtimmend damit iſt auch die in Top. c. 9. vorkommende Definition: „*Dolus malus* est, cum aliud agitur, aliud simulatur.“

h) l. 1. §. 2. D. h. t. „. . . . Labeo autem, posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur, posse et sine dolo malo

aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per ejusmodi dissimulationem deserviant, et tuentur vel sua, vel aliena. Itaque ipse sic definiit“ , ... — Uebrigens nimmt auch bey Eingehung eines Scheingeſchäfts die Simulation den Charakter des dolus alsdann an, wenn das Scheingeſchäft auf die widerrechtliche Täuſchung eines Dritten berechnet iſt. l. 7. §. 9. D. de pact. (II. 14.) l. 49. pr. D. de act. emt. et vend. (XIX. 1.)

i) l. 7. pr. D. h. t. l. 8. §. 3. D. pro socio. (XVII. 2.) l. 11. §. 5. l. 13. §. 4. u. l. 82. D. de act. emt. et vend. l. 12. §. 1. D. de jure dot. (XXIII. 3.) l. 5. u. 8. C. de rescind. vend. (IV. 44.)

k) l. 16. §. 4. D. de minor. (IV. 4.) „ . . . . . Pomponius ait, in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.“ l. 22. §. 3. D. locat. (XIX. 2.) „Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus juris est.“

l) l. 43. pr. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 19. pr. D. de aedilic. edict. (XXI. 1.)

Zuſatz. Ein dolus wird, wenigſtens in privatrechtlichen Beziehungen, in der Regel nicht präſumirt, ſondern muß von dem, welcher deſſen Exiſtenz behauptet, bewieſen werden. (*Quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium.*) l. 18. §. 1. D. de probat. (XXII. 3.) l. 6. C. h. t. Doch wird Ausnahmsweiſe bey manchen Handlungen und Pflichtverſäumniſſen angenommen, daß ſie aus dolus hervorgegangen ſeyen (ſog. dolus praesumtus). l. 8. §. 9. D. mandat. „*Dolo autem facere videtur*, qui id, quod potest restituere, non restituit.“ l. 7. pr. D. de administ. tutor. (XXVI. 7.) „Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium appellatur, *dolo fecisse videtur*, ... “ l. 41. D. ad leg. Falcid. (XXXV. 2.) „*Dolo carere non videtur*, si jam mota quis controversia hereditatis legata sine cautionibus det.“

§. 79.

3) Irrthum und Unwiſſenheit.

Die zum §. 22. angeführten Quellentitel.

Irrthum und Unwiſſenheit (welche beyden Begriffe in Anſehung der rechtlichen Folgen einander gleichſtehen,) ſind, ſo weit ſie in der Rechtslehre in Betracht kommen, von doppelter Art: entweder Rechtsirrthum (juris error, oder juris ignorantia), oder factiſcher Irrthum (facti error, oder facti ignorantia, a. u.) [a]). Der Erſtere bezieht ſich auf Rechtsbeſtimmungen und deren Ergebniſſe, der Letztere aber auf that-

ſächliche Umſtände oder Verhältniſſe, gleichviel, ob in Hinſicht auf Perſonen und deren Qualitäten [b]), oder auf Sachen [c]), oder auf Handlungen und Ereigniſſe [d]). Auch kann ein Irrthum in Anſehung des nämlichen Umſtandes oder Verhältniſſes, nach Verſchiedenheit des Grundes und Inhaltes, bald ein juriſtiſcher, bald ein factiſcher Irrthum ſeyn [e]). — Ueber die auf den Rechtsirrthum bezüglichen Grundſätze ſ. §. 22. Was den factiſchen Irrthum anlangt, ſo fällt er, wenn er ſich auf fremde Handlungen oder Verhältniſſe, oder andere Thatſachen bezieht, dem Irrenden in der Regel nicht zur Laſt, ſofern er ſich dabey nur nicht eine grobe Nachläſſigkeit (summa negligentia, oder negligentia crassa aut nimia securitas, supina ignorantia, oder ignorantia deperditi et nimium securi hominis,) hat zu Schulden kommen laſſen [f]); wohl aber ſchadet der Irrthum über eigene Handlungen und Verhältniſſe [g]), außer wenn dem Irrenden Entſchuldigungsgründe zur Seite ſtehen, oder auch mit ſeinem Schaden ſich ein Anderer unbilliger Weiſe bereichern würde [h]). — Uebrigens giebt es auch Fälle, wo in Anſehung der rechtlichen Folgen kein Unterſchied zwiſchen dem juriſtiſchen und dem factiſchen Irrthum Statt findet. Bisweilen nämlich wird ein Irrthum, von welcher Art er auch ſey, gar nicht berückſichtigt, ſo daß die geſetzlich beſtimmten Folgen einer Thatſache oder Handlung durch den dabey vorgekommenen Irrthum nicht verändert werden [i]), und umgekehrt ſteht manchmal ein jeder Irrthum der Wirkſamkeit der Handlung, wobey er vorgekommen iſt, entgegen, ſo daß man ſich nur auf den Irrthum zu berufen braucht, um den Nachtheil abzuwenden, oder den verlornen Vortheil wieder zu erlangen [k]).

a) l. 1. pr. D. h. t.

b) l. 3. pr. D. de SC. Macedon. (XIV. 6.) l. 2. §. 15. u. 16. D. pro emt. (XLI. 4.)

c) l. 62. §. 1. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.)

d) l. 1. §. 1. u. 3. D. h. t.

e) l. 1. §. 1 — 4. D. h. t. l. 9. C. ad leg. Falcid. (VI. 50.)

f) l. 2. l. 3. §. 1. l. 4. 6. 8. l. 9. pr. u. §. 2. D. h. t. l. 11. §. 3. D. de instit. act. (XIV. 3.) l. 5. in f. D. pro suo. (XLI. 10.) l. 42. D. de regul. jur. (L. 17.) l. 9. C. ad leg. Falc. (VI. 50.)

g) l. 3. pr. u. l. 5. D. h. t.

h) l. 15. §. 1. l. 22. u. l. 32. §. 1. D. de condict. indeb. (XII. 6.) l. 10. C. eod. (IV. 5.) l. 10. C. h. t.

i) z. B. l. 9. §. 4. D. h. t. l. 8. C. de dol. mal. (II. 21.) l. 1. C. de interdict. matrim. (V. 6.) l. 3. in f. C. de praescript. XXX. annor. (VII. 39.)

k) l. 15. D. de jurisdict. (II. 1.) l. 22. D. de acquir. hered. (XXIX. 2.) l. 4. u. 8. C. h. t. — Uebrigens vgl. die zum §. 22. Note c) angef. Abhandl. von Mühlenbruch.

Zuſatz 1. In Bezug auf den Einfluß des Irrthums bey Rechtsgeſchäften kommen in unſern Quellen zwey einander entgegenſtehende Grundſätze vor: 1) „*Plus in re est, quam in existimatione mentis,*“ l. 9. §. 4. D. h. t. oder: *Plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione,*“ §. 11. I. de legat. (II. 20.) oder: „*Rei substantia plus pollet existimatione falsa.*“ Vatic. Fr. §. 260. in f. — 2) „*Plus est in opinione, quam in veritate.*“ l. 15. D. de acquir. hered. (XXIX. 2.) Das erſtere Princip iſt jedoch blos auf ſolche Rechtshandlungen anwendbar, wo die falſche Vorſtellung des Handelnden ohne Nachtheil iſt, und daher auch die Freyheit ſeines Entſchluſſes und die Wirkſamkeit der unternommenen Handlung nicht ausſchließt. Vgl. die oben zu Nr. 1. citirten Stellen, und l. 4. §. 1. D. de manumiss. vind. (XL. 2.) Der zweite Grundſatz aber findet überall da Statt, wo nach Rechtsbeſtimmungen zu einer Handlung von Seiten des Handelnden eine beſtimmte Kenntniß ſeines eignen Zuſtandes und der wahren Beſchaffenheit der Sache ſchlechterdings erforderlich iſt. l. 14. u. 15. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.) l. 13. §. 1. u. l. 15 — 19. D. de acquir. hered. l. 76. D. de regul. jur. (L. 17.) Vgl. Vinnius in Commentar. ad §. 11. I. de legat.

Zuſatz 2. Bisweilen iſt zur Begründung von Rechten ein factiſcher Irrthum ſogar nothwendig, nämlich die *bona fides* (ſ. a. u.), d. h. die Ueberzeugung, daß man zu Etwas befugt ſey, oder daß der unrechtliche Zuſtand, in welchem man ſich befindet, ein rechtlicher ſey, z. B. wenn man eine Sache von einem Nichteigenthümer in der Meinung, dieſer ſey der Eigenthümer, erworben hat. Gajus II. §. 43. u. 44. pr. I. de usucap. (II. 6.) l. 27. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 7. §. 5. u. 6. D. pro emt. (XLI. 4.) l. 109. D. de verb. signif. (L. 16.) Ueber die Wirkung der bona fides eines Beſitzers ſtellt die l. 136. D. de regul. jur. (L. 17.) folgende Regel auf: „Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quoties lex impedimento non est.“

§. 80.

Von den übrigen Beſtandtheilen oder Eigenſchaften der Rechtsgeſchäfte, außer den allgemeinen weſentlichen Erforderniſſen derſelben.

Von den bisher (§. 72 — 75.) erörterten, allgemeinen weſentlichen Erforderniſſen der Rechtsgeſchäfte ſind theils die

besondern wesentlichen Erfordernisse einzelner Rechtsgeschäfte, theils die natürlichen Eigenschaften oder sich von selbst verstehenden Wirkungen der Rechtsgeschäfte, theils die zufälligen Nebenbestimmungen derselben zu unterscheiden. (§. 71.) — Schon im Begriff der besondern Erfordernisse einzelner Rechtsgeschäfte liegt es, daß sie nicht im Allgemeinen, sondern nur bey den einzelnen Geschäften selbst, deren characteristische Merkmale sie bilden, angegeben werden können; und das Nämliche gilt auch von den natürlichen Eigenschaften der Rechtsgeschäfte, da auch diese nach der Verschiedenheit der Letztern verschieden sind. Was aber die zufälligen Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte anlangt, wohin vornehmlich Bedingungen, Zeitbestimmungen, Zweckbestimmungen oder ähnliche, mit der Begründung eines Rechts verbundene, Einschränkungen gehören, so haben sie, obgleich sie sich nicht von selbst verstehen, sondern immer auf einer besondern Willenserklärung beruhen, doch in so fern eine allgemeine Beziehung, als sie fast bey allen Rechtsgeschäften festgesetzt werden können. Doch giebt es freylich auch Rechtshandlungen, welche weder eine Bedingung, noch eine Zeitbestimmung zulassen, sondern vielmehr durch ausdrückliche Hinzufügung einer solchen Nebenbestimmung ungültig werden, wie namentlich die oben §. 69. Note n) angeführten fünf actus legitimi und mehrere andere [a]). Aber auch bey einer legis actio (§. 69.) ist wenigstens ein Anfangstermin unstatthaft [b]); und eben so kommen auch bey manchen andern Rechtsgeschäften Beschränkungen hinsichtlich der Beyfügung eines Anfangs- oder Endtermins, oder einer Bedingung vor [c]). Indessen kann bisweilen in einem Rechtsgeschäft das, was ihm ausdrücklich nicht beygefügt werden darf, doch stillschweigend enthalten seyn [d]), so daß auch hierauf der Gemeinspruch anwendbar ist: „Expressa nocent, non expressa non nocent“ [e]). — Uebrigens wird von einem ohne Nebenbestimmungen, insbesondere ohne eine Bedingung oder Zeitbestimmung eingegangenen Rechtsgeschäft gesagt: es sey *pure* eingegangen [f]).

a) Vatic. Fr. §. 329. „Sub conditione cognitor non recte datur, non magis quam mancipatur, aut acceptum vel expensum fertur.“ Zwar ist hier nur von der Unzulässigkeit einer Bedingung die Rede; daß indessen das Nämliche auch von einer Zeitbestimmung gelte, ergiebt sich aus

der theilweiſen Uebereinſtimmung der hier vorkommenden Beyſpiele mit den in der l. 77. D. de regul. jur. (L. 17.) angeführten Beyſpielen der actus legitimi.

b) Vatic. Fr. §. 49. „ . . . . . nulla legis actio prodita est de futuro.“

c) Z. B. §. 9. I. de hered. instit. (II. 14.) l. 34. D. eod. (XXVIII. 5.) §. 3. I. de verb. oblig. (III. 15. od. 16.) l. 4. pr. D. de servitut. (VIII. 1.) l. 44. §. 1. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.)

d) l. 77. D. de regul. jur. „ . . . . . Nonnunquam tamen actus supra scripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt; nam si acceptum feratur ei, qui sub conditione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis conditio exstiterit; quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum.“ Vatic. Fr. §. 329. „ . . . . . Nec ad rem pertinet, an ea conditio sit inserta, quae, non expressa, tacite inesse videatur.“

e) l. 52. in f. D. de condit. et demonst. (XXXV. 1.) l. 195. D. de regul. jur. (L. 17.)

f) Gaj. I. §. 186. II. §. 200. 244. u. 250. III. §. 102. u. 113. Ulp. XXIV. §. 31. §. 9. I. de hered. instit. (II. 14.) §. 2. u. 3. I. de verb. obligat. (III. 15. od. 16.) l. 138. §. 1. D. eod. (XLV. 1.) l. 8. D. de auctoritat. tut. (XXVI. 8.) l. 30. §. 1. D. de legat. I. (XXX.) Eben ſo wird auch das Beywort *purum* auf ein ohne Bedingung und Zeitbeſtimmung eingegangenes Rechtsgeſchäft, oder das dadurch begründete Recht bezogen, z. B. l. 2. D. de in diem addict. (XVIII. 2.) l. 45. pr. D. ad leg. Falcid. (XXXV. 2.) l. 59. §. 1. D. de manumiss. testam. (XL. 4.) (S. jedoch §. 81. Note g).) In gleicher Bedeutung wird bisweilen auch das Wort *praesens* gebraucht, z. B. l. 9. pr. D. de reb. cred. (XII. 1.) l. 30. §. 2. D. de legat. I. l. 1. pr. D. de condit. et demonstr. (XXXV. 1.)

Erinnerung 1. Die verſchiedenartigen Nebenbeſtimmungen bey Rechtsgeſchäften laſſen ſich auf eine doppelte Claſſe zurückführen. Sie beziehen ſich nämlich theils auf die Modalität der Geſchäfte, (wohin die oben angeführten Beyſpiele der Nebenbeſtimmungen gehören,) theils auf die Beſtärkung derſelben, z. B. Eid, arra, Conventionalſtrafe; doch gehören dieſe, da ſie nur bey Verträgen vorkommen, nicht ſchon in den allgemeinen Theil. Dagegen ſind den Nebenbeſtimmungen von allgemeinerer Beziehung noch beyzuzählen: die Geſchäftsclauſeln (*clausulae*, wofür auch bisweilen die allgemeinen Ausdrücke: *adjectio, verba, scriptura*, vorkommen), d. h. die einem Rechtsgeſchäft zur genauern Beſtimmung ſeiner rechtlichen Wirkung einverleibten oder angehängten Wortformeln, z. B. die doli oder doli mali, oder de dolo malo clausula (a. u.), welche zum Zweck hat, ſich bey einem Rechtsgeſchäft gegen den dolus des Andern ſicher zu ſtellen. l. 4. §. 16. in f. D. de doli mal. except. (XLIV. 4.) l. 22. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) l. 13. §. 5. D. de acceptil. (XLVI. 4.) l. 19. D. ra-

tam rem hab. (XLVI. 8.) l. 19. §. 2. D. judicat. solv. (XLVI. 7.) Ueber andere Beyspiele von Clauseln s. l. 6. 13. 17. u. 21. D. eod. l. 29. §. 1. D. qui test. fac. poss. (XXVIII. 1.) l. 18. D. de jure codicill. (XXIX. 7.) l. 30. pr. §. 5. u. 6. u. l. 31. D. de legat. I. (XXX.) — Uebrigens bezeichnet *clausula* im weitern Sinne jedweden Bestandtheil irgend einer Rede oder Schrift. Vgl. **Brisson.** unter diesem Wort.

Erinnerung 2. Zu den Nebenbestimmungen bey Rechtsgeschäften rechnen Manche auch die Angabe des Grundes (causa), wodurch man bewogen worden sey, dem Andern etwas zuzuwenden; allein die causa hat, abgesehen von solchen Fällen, wo sie in die Form einer Bedingung eingekleidet ist, und dann auch als Bedingung behandelt werden muß, gewöhnlich weiter keinen Einfluß auf das Rechtsgeschäft, und selbst ein falscher Beweggrund schadet der Gültigkeit des Geschäfts, bey dem er angegeben ist, in der Regel nicht, (falsa causa non nocet,) §. 31. I. de legat. (II. 20.) l. 2. §. 7. u. l. 3. D. de donat. (XXXIX. 5.) l. 17. §. 2. u. 3. D. de condit. et demonstr. (XXXV. 1.), ausgenommen, wenn bewiesen werden kann, daß der, welcher aus einem bestimmten Grunde dem Andern einen Vortheil zugewendet hat, dieß nicht gethan haben würde, wenn er gewußt hätte, daß jener Grund falsch sey, l. 72. §. 6. D. eod. u. l. 4. C. de hered. instit. (VI. 24.), (was aus den Regeln über den Einfluß des Irrthums auf Rechtsgeschäfte zu erklären ist.)

§. 81.

Hauptsächlichste Beyspiele der Nebenbestimmungen bey Rechtsgeschäften:

1) Conditio.

Tit. D. de conditionibus et demonstrationibus etc. (XXXV. 1.)

Conditio in der hierher gehörigen Bedeutung [a]) (**Bedingung** im engern oder eigentlichen Sinne,) heißt theils die Nebenbestimmung bey einem Rechtsgeschäfte, wodurch ein Recht von einer künftigen, noch ungewissen Thatsache abhängig gemacht wird, theils die zukünftige Thatsache selbst, von deren Eintritt oder Nichteintreten ein Recht abhängig gemacht ist [b]). Es werden nun aber die Bedingungen verschiedentlich eingetheilt: 1) Hinsichtlich ihres Einflusses auf Rechtsgeschäfte sind sie entweder **aufschiebende** (conditiones suspensivae*), oder **auflösende** (conditiones resolutivae*), je nachdem nämlich entweder der Anfang oder das Ende der Wirksamkeit des in Frage stehenden Rechts davon abhängig gemacht ist [c]). Die sog.

Suspensiv-Bedingung heißt im Röm. Recht conditio schlechthin, und daher wird auch von einem unter einer solchen Bedingung eingegangenen Geschäft gesagt: *sub conditione fit* u. dgl. [d]) und das Geschäft selbst mit dem Beyworte conditionalis bezeichnet [e]). Die sog. Resolutiv-Bedingung aber wird im Röm. Recht so umschrieben, daß von dem Geschäfte, welchem sie beygefügt ist, gesagt wird: *sub conditione resolvitur* [f]). Uebrigens ist bey Verträgen die Resolutiv-Bedingung, nach der Ansicht der Röm. Juristen, wie ein bedingter Nebenvertrag, welcher mit dem Eintritt der Bedingung in Erfüllung geht, und die Auflösung des Hauptgeschäfts zur Folge hat, zu betrachten [g]). 2) In Ansehung des Inhalts ist die Bedingung entweder eine *conditio affirmativa** oder eine *cond. negativa**, je nachdem nämlich das in Frage stehende Recht entweder davon, daß Etwas geschehe, oder davon, daß Etwas nicht geschehe, abhängig gemacht ist. Sofern nun die zukünftige, noch ungewisse Thatsache in einer Handlung des bedingt Berechtigten besteht, heißt die affirmative Bedingung im Röm. Recht: *conditio faciendi*, und die negative: *conditio non faciendi*, oder *in non faciendo concepta* [h]). 3) In Ansehung ihrer Erfüllbarkeit ist die Bedingung entweder eine möglichе (*possibilis*), oder eine unmöglichе (*impossibilis*) [i]). Diese Begriffe werden nun zunächst und im eigentlichen Sinne auf die physischе Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer Thatsache bezogen, und daher wird *possibilis conditio* so definirt: „quae per rerum naturam admitti potest“ [k]), *impossibilis conditio* aber so: „cui natura impedimento est, quo minus existat“ [l]). Doch werden den unmöglichen Bedingungen auch solche gleichgeachtet, deren Erfüllung den Gesetzen oder guten Sitten widerstreiten würde [m]), und man pflegt daher physisch- und juristisch- oder moralisch-unmögliche Bedingungen zu unterscheiden. Die Letztern heißen auch *turpes conditiones* [n]). Uebrigens sind die Rechtsbestimmungen, welche von unmöglichen Bedingungen gelten, zum großen Theil verschieden bey Verträgen und bey letzten Willen [o]). 4) Die möglichen Bedingungen sind nun wiederum in Ansehung der Ursachen oder Umstände, von denen ihre Erfüllung abhängt, nach Justinian's Terminologie entweder *conditiones potestativae*, wenn nämlich ihre Erfüllung in dem Willen und der Macht des bedingt Berech-

tigten steht, oder *casuales*, wenn ihre Erfüllung vom Zufall oder Geschick, oder vom Willen eines Andern abhängt, oder *mixtae*, wenn ihre Erfüllung theils auf der Willkühr dessen, dem sie gestellt sind, theils auch auf andern Umständen beruht [p]). Die alten Juristen pflegen jedoch nicht sowohl diese drey Arten der Bedingungen zu unterscheiden, sondern nur potestative und zufällige. Die Erstern bezeichnen sie so: quae sunt in potestate oder in arbitrio, oder in arbitrium collatae [q]); die Letztern aber so: quae non sunt in potestate, oder in casu consistunt, oder in eventum collatae [r]). Auch werden die Erstern *promiscuae* conditiones, und die Letztern *non promiscuae* genannt [s]). — So lange es nun noch ungewiß ist, ob die Bedingung in Erfüllung gehen werde oder nicht, heißt es: conditio *pendet* [t]); ist sie wirklich eingetreten oder in Erfüllung gegangen: conditio *existit* oder *exstitit*, oder *implelur*, oder *impleta* oder *expleta est* [u]), und wenn es gewiß ist, daß sie nicht eintreten werde: conditio *deficit* oder *defecit*, oder *defecta* oder *exstincta est.* [v]).

a) Es kommt nämlich dieses Wort auch in verschiedenen andern Bedeutungen vor, z. B. für den persönlichen Zustand eines Menschen, vgl. §. 26. Note b), für die Lage oder Beschaffenheit einer Sache, oder eines Rechtsgeschäfts, l. 1. §. 23. D. de aqua (XXXIX. 3.) l. 11. §. 1. D. de testam. mil. (XXIX. 1.), ferner für eine Contractsbestimmung überhaupt, (wie auch im Deutschen: Bedingung,) l. 10. §. 1. D. de lege Rhod. (XIV. 2.) l. 39. D. mandat. (XVII. 1.) l. 6. §. 2. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.), insbesondere auch für den Heyrathsantrag, oder die Abschließung eines Verlöbnisses oder einer Ehe, l. 2. §. 2. D. de divort. (XXIV. 2.) l. 18. D. de sponsal. (XXIII. 1.) l. 65. D. de judic. (V. 1.). Aber auch für Nebenbestimmungen anderer Art wird *conditio* bisweilen gebraucht, z. B. für den *modus* (§. 83.), l. 8. §. 7. D. de condit. instit. (XXVIII. 7.) l. 44. D. de manumiss. testam. (XL. 4.), so wie auch für eine rechtliche Voraussetzung oder ein rechtliches Erforderniß. l. 25. pr. D. locat. (XIX. 2.) Vgl. auch Note h) u. Zusatz 2. und überhaupt Brisson. v. *conditio* No. 6 — 12.

b) l. 39. D. de reb. cred. (XII. 1.) „Itaque tunc potestatem conditionis obtinet, cum in *futurum* confertur.“

c) Doch findet sich auch bey der auflösenden Bedingung der den Bedingungen überhaupt eigenthümliche Charakter des Aufschiebens, nur freylich in einer umgekehrten Richtung, als bey der, welche vorzugsweise aufschiebende Bedingung heißt. Während nämlich die Letztere den Erwerb des in Frage stehenden Rechts aufschiebt, so verschiebt dagegen die Erstere

das Wiederaufhören deſſelben. Vgl. Thibaut's Civil. Abhandl. S. 359 — 369. — Uebrigens wird der Unterſchied zwiſchen der aufſchiebenden und auflöſenden Bedingung auch durch die Ausdrücke angedeutet: *ex conditione* und *in conditionem*. l. 15. §. 4. D. de testam. mil. (XXIX. 1.)

d) Z. B. §. 4. I. de verb. obligat. (III. 15. od. 16.) l. 26. D. de condit. institut. (XXVIII. 7.)

e) Z. B. l. 10. pr. D. eod. l. 14. pr. D. de novat. (XLVI. 2.) l. 2. pr. u. l. 4. pr. D. de in diem addict. (XVIII. 2.)

f) l. 2. pr. D. cit. l. 1. D. de leg. commiss. (XVIII. 3.) l. 3. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.)

g) Vgl. die in der vorigen Note citirten Stellen. — Daraus iſt es auch erklärbar, daß das Beywort *purum* ſelbſt auf ein ſolches Geſchäft bezogen wird, mit welchem eine auflöſende Bedingung in Verbindung gebracht iſt. l. 2. pr. D. de in diem addict. (XVIII. 2.) l. 2. §. 5. D. pro emt. (XLI. 4.)

h) l. 8. pr. D. de condit. institut. (XXVIII. 7.) l. 7. pr. l. 18. u. l. 79. §. 3. D. h. t. Uebrigens kann die conditio faciendi in dieſem Sinne ſowohl in dando, als in faciendo beſtehen. l. 33. §. 1. D. de fideicommiss. libert. (XL. 5.) Im letztern Falle heißt ſie auch ſpeciell *facti* conditio. l. 31. §. 2. D. ad SC. Trebell. (XXXVI. 1.) In einem andern Sinne aber werden in der l. 21. D. h. t. die Ausdrücke: conditio *facti* und *juris* einander entgegengeſetzt, ſo daß der Erſtere auf eine zur Bedingung gemachte Thatſache, der Letztere aber auf eine rechtliche Bedingung oder Vorausſetzung geht.

i) Paul. III. 4B. §. 1. Bey Gaj. III. §. 98. wird die unmögliche Bedingung ſo umſchrieben: „quae existere non potest.“ — Wenn übrigens eine Bedingung nicht abſolut unmöglich iſt, ſondern nur relativ, d. h. für den, welchem ſie geſetzt iſt, ſo pflegt man ſie auf Veranlaſſung der l. 4. §. 1. D. de statuliber. (XL. 7.) *difficilis conditio* zu nennen. Vgl. auch l. 63. §. 7. D. ad SC. Trebell. (XXXVI. 1.)

k) Paul. III. 4B. §. 1.

l) §. 11. I. de inutil. stipulat. (III. 19. od. 20.)

m) l. 9. 14. u. 15. D. de condit. institut. (XXVIII. 7.) l. 61. u. 137. §. 6. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) l. 5. C. de institut. et substitut. (VI. 25.)

n) l. 20. D. h. t. Dahin gehört bey letzten Willen namentlich auch die Bedingung der eidlichen Angelobung (conditio jurisjurandi), weil hierbey ein Mißbrauch des Eides zu befürchten ſteht. l. 20. D. cit. u. l. 8. pr. D. de condit. institut. (XXVIII. 7.)

o) S. z. B. §. 11. I. de inutil. stipulat. (III. 19. od. 20.) l. 7. u. l. 35. §. 1. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) — §. 10. I. de hered. instit. (II. 14.) l. 14. D. de condit. institut. (XXVIII. 7.) — Vgl. übrigens Sell, Die Lehre von den unmöglichen Bedingungen, (als zweit. Theil von Deſſen Verſuchen im Gebiete des Civilr.)

p) l. un. §. 7. C. de caduc. toll. (VI. 51.) „Sin autem aliquid sub conditione relinquatur vel *casuali*, vel *potestativa*, vel *mixta*, quarum eventus ex fortuna, vel ex honoratae personae voluntate, vel in utroque pendeat. . . . . “

q) l. 4. pr. u. l. 86. §. 1. in f. D. de hered. instit. (XXVIII. 5.) l. 28. D. de condit. institut. (XXVIII. 7.) l. 13. pr. D. de acquir. hered. (XXIX. 2.) l. 1. §. 8. D. si quis omiss. caus. testam. (XXIX. 4.) l. 1. §. 8. D. de suis et legit. hered. (XXXVIII. 16.)

r) l. 31. §. 2. D. ad SC. Trebell. (XXXVI. 1.) l. 33. §. 1. D. de fideicommiss. libert. (XL. 5.) l. 78. §. 1. D. h. t.

s) l. 11. §. 1. D. h. t. Daß in dieſer Stelle die poteſtativen Bedingungen *promiscuae* heißen, iſt wohl daraus zu erklären, weil, abgeſehen von ſolchen Bedingungen, welche in einer blos negativen Willenshandlung beſtehen, es ſtreng genommen keine reine Poteſtativ-Bedingungen giebt, deren Erfüllung nicht auch zugleich gewiſſermaaßen von der Wirkung phyſiſcher Kräfte, oder vom Schickſal abhinge, wenigſtens inſofern dieſelben immer hindernd einwirken können, ſo daß es alſo eigentlich mehr gemiſchte Bedingungen zu ſeyn ſcheinen. And. Mein. iſt jedoch Mühlenbruch in der Fortſetzung von Glück's Comment. Th. 36. S. 357. Note 8).

t) Gaj. I. §. 186. Ulp. II. §. 2. l. 14. §. 1. D. quib. ex caus. in possess. eat. (XLII. 4.)

u) l. 15. D. de statu hom. (I. 5.) l. 14. pr. D. de condict. furtiv. (XIII. 1.) l. 91. §. 1. D. de legat. I. (XXX.) l. 5. pr. l. 7. §. 1. l. 11. §. 1. u. l. 25. D. h. t. l. 13. pr. D. de manumiss. testam. (XL. 4.) l. 4. §. 5. D. de fideicommiss. libert. (XL. 5.) l. 14. pr. D. de novat. (XLVI. 2.)

v) Gaj. III. §. 179. l. 58. §. 3. u. 4. D. de hered. instit. (XXVIII. 5.) l. 68. §. 2. D. de legat. I. l. 21. D. de usu et usufr. per legat. dat. (XXXIII. 2.) Auch wird von dem bedingt Berechtigten ſelbſt, wenn die ihm geſetzte Bedingung entſchieden unerfüllt geblieben iſt, geſagt: conditione *defectus est*, z. B. Gaj. II. §. 144. l. 8. §. 7. D. de condit. institut. (XXVIII. 7.)

Zuſatz 1. Aus der oben aufgeſtellten Definition der conditio ergiebt ſich, daß für wahre Bedingungen nicht zu achten ſind: 1) Solche, welche auf eine vergangene oder gegenwärtige Thatſache bezogen werden, (conditiones, quae ad praeteritum vel ad praesens tempus referuntur, oder in praeteritum oder in praesens tempus relatae, oder collatae, oder conceptae, u. dgl.) Durch ſolche Bedingungen alſo wird, wenn ſie auch in die Form von Suspenſiv-Bedingungen eingekleidet ſind, doch die Wirkſamkeit des Rechtsgeſchäfts, dem ſie beygefügt ſind, nicht aufgeſchoben, ſondern daſſelbe iſt entweder ſogleich gültig und wirkſam, oder ſogleich ungültig, je nachdem nämlich das, was in einer ſolchen Bedingung ausgedrückt iſt, zur Zeit der Abſchließung des Geſchäfts wirklich exiſtirt, oder nicht. §. 6. I. de verb. obligat. (III.

15. od. 16.) l. 100. D. eod. (XLV. 1.) l. 37. D. de reb. cred. (XII. 1.) l. 16. D. de injust. rupt. testam. (XXVIII. 3.) Daher heißt es auch in der l. 10. §. 1. D. de condit. instit. (XXVIII. 7.) „. . . . . cum *nulla sit conditio*, quae in praeteritum confertur, vel quae in praesens, veluti: si rex Parthorum vivit, si navis in portu stat.“ — 2) Die sogenannte conditio necessaria, d. h. eine solche, welche schlechterdings in Erfüllung gehen muß (quae omnimodo exsitura est), weil das Gegentheil davon unmöglich ist. Eine solche Bedingung macht das Geschäft, bey dem sie vorkommt, nicht zu einem bedingten, sondern ist ohne Wirksamkeit, l. 18. D. de condict. indeb. (XII. 6.) l. 9. §. 1. D. de novat. (XLVI. 2.); und in diese Kategorie gehören eigentlich auch die physisch-unmöglichen Suspensiv-Bedingungen, wenn sie negativ gestellt sind. §. 11. in f. I. de inutil. stipulat. (III. 19. od. 20.) l. 7. in f. D. de verb. obligat. (XLV. 1.)

Zusatz 2. **Tacitae conditiones** heißen solche Bedingungen, welche in einem Rechtsgeschäfte schon vermöge der Natur desselben liegen, und sich daher von selbst verstehen, z. B. bey dem Versprechen einer dos die Bedingung, wenn die Ehe erfolgen werde. l. 68. D. de jur. dot. (XXIII. 3.) Sie gehören also nicht sowohl zu den Bedingungen im eigentlichen Sinne, sofern man darunter nur zufällige Nebenbestimmungen versteht, sondern vielmehr zu den rechtlichen Voraussetzungen eines Geschäfts, und machen daher auch dasselbe in der Regel nicht zu einem bedingten. l. 99. D. h. t. l. 22. §. 1. D. quando dies legat. ced. (XXXVI. 2.) l. 6. §. 1. D. de tutel. (XXVI. 1.) Doch kommen sie bey Verträgen darin mit den Suspensiv-Bedingungen überein, daß ihre Nichterfüllung den Erwerb des in Frage stehenden Rechts verhindert, l. 21. D. de jure dot. l. 73. §. 1. D. de verb. oblig. (XLV. 1.), und auch ein letzter Wille kann bisweilen durch ausdrückliche Hervorhebung einer solchen Bedingung zu einem bedingten werden. l. 65. §. 1. D. de legat. I. (XXX.) u. l. 69. D. h. t.

Zusatz 3. Den physisch-unmöglichen Bedingungen werden die *falsae* conditiones, d. h. solche, welche auf irrigen factischen Voraussetzungen beruhen, gleichgeachtet, l. 72. §. 7. D. h. t., den moralisch-unmöglichen Bedingungen aber alle zwecklosen und lächerlichen (*derisoriae* conditiones). l. 14. u. 27. pr. D. de condit. institut. (XXVIII. 7.) Außerdem giebt es auch noch andere Arten rechtlich unstatthafter Bedingungen. Dahin gehören insbesondere solche, welche mit den Rücksichten des allgemeinen Besten unvereinbar sind, z. B. die Bedingung, gar nicht zu heyrathen, l. 22. u. l. 72. §. 5. D. h. t., ingleichen solche, welche die natürliche Freyheit eines Menschen zu sehr beschränken, z. B. die Bedingung, nach der Willkühr eines Andern zu heyrathen, l. 72. §. 4. D. h. t., oder mit einer unwürdigen Person sich zu verehelichen, l. 63. §. 1. D. h. t., oder die Bedingung, sich von einem bestimmten Orte nicht zu entfernen, oder dort seine Wohnung aufzuschlagen. l. 71. §. 2. D. h. t.

Zuſatz 4. ***Praeposterae*** (oder **praepostere conceptae**) **conditiones** heißen verkehrt geſtellte Bedingungen, d. h. welche ſo abgefaßt ſind, daß ein Recht früher zur Wirkſamkeit gelangen ſoll, als die Bedingung eingetreten iſt. Dergleichen Bedingungen machten nach dem ältern Recht das Geſchäft, bey dem ſie vorkamen, ungültig, §. 14. I. de inutil. stipulat. (III. 19. od. 20.) (worin jedoch nicht alle Röm. Juriſten einverſtanden geweſen zu ſeyn ſcheinen, l. 64. D. de verb. obligat. [XLV. 1.].) Der Kaiſer **Leo** aber erklärte bey dem Verſprechen einer dos eine ſolche Bedingung für ſtatthaft, und nach **Juſtinian's** Vorſchrift ſoll ſie überall wie eine Suspenſiv-Bedingung behandelt, und alſo das Geſchäft dann, wenn ſie eingetreten iſt, erfüllt werden. l. 25. C. de testam. (VI. 23.) u. §. 14. I. cit. — Solche Bedingungen aber, welche in ſich ſelbſt widerſprechend ſind (ſog. **perplexae conditiones**), machen, da ſie keiner Interpretation fähig ſind, das Geſchäft, bey dem ſie vorkommen, ungültig. l. 16. D. de condit. institut. (XXVIII. 7.)

§. 82.

2) Dies.

Die einem Rechtsgeſchäft beygefügte Zeitbeſtimmung (dies) iſt entweder ein **Anfangstermin** (ſog. dies oder terminus a quo), oder ein **Endtermin** (ſog. dies oder terminus ad quem), je nachdem entweder der Anfang oder das Wiederaufhören der Wirkſamkeit eines Geſchäfts von dem Eintritt des feſtgeſetzten Zeitpunctes abhängig gemacht iſt [a]). Auf den Anfangstermin bezieht ſich im Röm. Recht der Ausdruck: *ex die*, auf den Endtermin aber: *ad diem* oder *in diem* [b]); doch wird der letztere Ausdruck auch im Allgemeinen zur Bezeichnung einer jedweden Zeitbeſtimmung bey einem Rechtsgeſchäft gebraucht [c]). Jeder Zeittermin iſt nun entweder **gewiß** (certus oder certa dies, a. u.), wenn nämlich ſchon im Voraus entſchieden iſt, daß und wann er eintreten werde [d]), oder **ungewiß** (incertus oder incerta dies, a. u.), wenn man nämlich nicht weiß, ob jemals, oder wann jener Zeitpunkt eintreten werde [e]). — Ein in jeder Rückſicht ungewiſſer Anfangstermin iſt in ſeinen Wirkungen überall einer Suspenſiv-Bedingung gleich [f]); iſt er aber nur in Anſehung der Frage, wann er eintreten werde? ungewiß, (z. B. der Todestag eines Menſchen,) ſo wird er zwar bey letzten Willen in der Regel ebenfalls wie eine Bedingung angeſehen [g]), bey Verträgen hingegen

wird er einem gewiſſen Anfangstermin gleichgeachtet [h]). Ein ſolcher aber ſchiebt nicht den Erwerb des Rechtes, ſondern nur die Geltendmachung deſſelben ſo lange, bis er eingetreten iſt, auf [i]). — Was hiernächſt den Endtermin anlangt, ſo wird durch deſſen Eintritt eben ſo, wie durch die Erfüllung einer Reſolutiv-Bedingung, die bisherige Wirkſamkeit des Geſchäfts und des dadurch begründeten Rechts wieder aufgehoben, obgleich nach der Strenge und Conſequenz des ältern Rechts bey civilrechtlichen Geſchäften ein Endtermin unwirkſam war [k]). — Uebrigens kommen die Ausdrücke: *pendet* und *existit*, bey dem dies in gleicher Bedeutung, wie bey der conditio (§. 81. z. E.), vor [l]). Außerdem ſind hier noch folgende zwey Redensarten bemerkenswerth: *dies cedit* oder *cessit* und *dies venit*. Jene bezeichnet den Zeitpunct, wo man ein Recht erwirbt, (ſo daß es von da an auch auf die Erben des Berechtigten übergeht,) dieſe aber den Zeitpunct, wo man ſein Recht geltend machen, oder die Leiſtung des ſchuldigen Gegenſtandes fordern kann [m]).

a) l. 44. §. 1. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) „Circa diem duplex inspectio est; nam vel *ex die incipit obligatio*, aut *confertur in diem*. *Ex die*, veluti Kalendis Martiis dare spondes? ..... *Ad diem* autem: usque ad Kalendas dare spondes? ..... "

b) l. 44. §. 1. D. cit. l. un. §. 3. D. quando dies usufr. leg. ced. (VII. 3.) l. 34. D. de hered. instit. (XXVIII. 5.)

c) Gaj. IV. §. 67. §. 2. I. de verb. oblig. (III. 15. od. 16.)

d) Gaj. I. §. 186. II. §. 250. in f. III. §. 124. Ulp. XXIV. §. 31. l. 21. pr. D. quando dies legat. ced. (XXXVI. 2.) l. 70. D. de solut. (XLVI. 3.)

e) l. 16. §. 1. D. de condict. indeb. (XII. 6.) l. 30. §. 4. D. de legat. I. (XXX.) l. 77. §. 10. D. de legat. II. (XXXI.) l. 1. D. de condit. et demonstr. (XXXV. 1.)

f) l. 75. D. eod. l. 21. pr. u. l. 22. pr. D. quando dies legat. ced. (XXXVI. 2.) l. 45. §. 3. D. de verb. obligat. (XLV. 1.)

g) l. 79. §. 1. D. de condit. et demonstr. (XXXV. 1.) Eine Ausnahme enthält l. 79. pr. D. eod. u. l. 4. §. 1. D. quando dies legat. ced. (XXXVI. 2.)

h) l. 10. 16. u. 17. D. de condict. indeb. (XII. 6.)

i) §. 2. I. de verb. obligat. (III. 15. od. 16.) l. 46. pr. D. eod. l. 21. pr. D. quando dies legat. ced. (XXXVI. 2.) l. 213. pr. D. de verb. signif. (L. 16.)

k) §. 3. I. de verb. obligat. (III. 15. od. 16.) l. 56. §. 4. D. eod. (XLV. 1.) l. 4. pr. D. de servitut. (VIII. 1.) l. 44. §. 1. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.)

l) Gaj. I. §. 186. l. 16. §. 1. D. de condict. indeb. (XII. 6.) l. 71. §. 1. D. de acquir. hered. (XXIX. 2.)

m) l. 213. pr. D. de verb. signif. (L. 17.) „*Cedere* diem significat, incipere deberi pecuniam, *venire* diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies; ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit; ubi sub conditione, neque cessit, neque venit dies, pendente adhuc conditione.“ l. 5. pr. u. §. 1. D. quando dies legat. ced. (XXXVI. 2.)

§. 83.

3) Modus.

Modus bezeichnet zwar im Allgemeinen jede bey einem Rechtsgeschäft vorkommende Modification oder nähere Bestimmung [a]), insbesondere aber eine von Bedingungen und Zeitbestimmungen verschiedene Nebenbestimmung, welche entweder den Zweck, wozu der Gegenstand des Geschäfts verwendet werden soll, festsetzt, oder sonst eine Auflage und Beschränkung für den, welcher ein Recht erwerben soll, enthält [b]). In dieser Bedeutung kommt der modus zwar nicht ausschließlich [c]), aber doch vorzugsweise bey unentgeltlichen oder lucrativen Geschäften (§. 69.) vor [d]), und unterscheidet sich von der Suspensiv-Bedingung hauptsächlich dadurch, daß er nicht, wie diese, die Wirksamkeit und Vollziehung des Geschäfts aufschiebt [e]), dagegen aber auch, sofern er möglich ist [f]), den Empfänger zur Erfüllung desselben verpflichtet [g]), es wäre denn, daß Niemand, als dieser selbst, an der Erfüllung des modus ein rechtliches Interesse hätte [h]). Wird aber außer diesem Falle der modus nicht erfüllt, so hat der Geber die Wahl, ob er auf Erfüllung desselben, oder auf Zurückgabe des Gegebenen klagen will [i]); doch ist es dem Rechte des Empfängers weiter nicht nachtheilig, wenn ohne seine Schuld die Erfüllung des modus unterblieb [k]). Uebrigens enthält bisweilen der modus zugleich auch eine Bedingung (sog. modus mixtus) [l]).

a) l. 92. D. de hered. instit. (XXVIII. 5.) l. 44. §. 8. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) l. 72. D. de fidejuss. (XLVI. 1.)

b) l. 41. pr. u. l. 56. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 1. 3. 4. 6. 7. 9. u. 10. D. de serv. export. (XVIII. 7.) l. 6. D. de praescript. verb. (XIX. 5.) l. 17. §. 4. u. l. 71. pr. D. de condit. et demonst. (XXXV. 1.) l. 3. C. de contrah. emt. (IV. 38.) l. 1 — 3. C. de donat. quae sub modo. (VIII. 55.) Uebrigens wird der modus, wie aus den angeführten Stellen ſich ergiebt, bisweilen auch *lex*, oder, inſofern er bey Verträgen vorkommt, auch *pactum* oder *pactum conventum* genannt, ferner auch durch die Ausdrücke: *ita, ut*; oder *in hoc, ut*, oder, im Fall einer beabſichtigten Unterlaſſungshandlung, durch *ne* angedeutet. — Daß auch conditio bisweilen für modus gebraucht werde, iſt bereits zu §. 81. Note a) g. d. E. bemerkt worden.

c) Daß nämlich auch bey entgeltlichen oder oneroſen Geſchäften eine ſolche Nebenbeſtimmung, die unter den Begriff des modus fällt, vorkommen könne, geht aus den erſtern, in der Note b) cit. Stellen hervor. Doch gelten die eigenthümlichen Grundſätze im Fall der Nichterfüllung des modus (vgl. Not. h — k) nur bey unentgeltlichen Geſchäften. Vgl. übrigens Waechter de condict. causa dat. causa non secut. (Tub. 1822.) p. 90. sqq.

d) S. die letztern in der Note b) angef. Stellen.

e) l. 80. D. de condit. et demonstr. (XXXV. 1.) l. 17. §. 2. u. l. 44. D. de manumiss. test. (XL. 4.)

f) l. 92. §. 1. D. de legat. I. (XXX.) l. 17. pr. D. de legat. II. (XXXI.) l. 8. C. de condict. ob caus. dator. (IV. 6.)

g) l. 17. §. 2. u. l. 44. D. de manumiss. testam. (XL. 4.) l. 3. C. de contrah. emt. (IV. 38.)

h) l. 13. §. 2. D. de donat. inter vir. et uxor. (XXIV. 1.) l. 71. pr. D. de condit. et demonstr. (XXXV. 1.)

i) l. 9. u. 22. C. de donat. (VIII. 54.) l. 1. u. 3. C. de donat. quae sub modo. (VIII. 55.) l. 2. 3. u. 8. C. de condict. ob caus. dator. (IV. 6.)

k) l. 1. C. de his quae sub modo legat. (VI. 45.)

l) l. 21. u. l. 41. pr. u. §. 1. D. de jure dot. (XXIII. 3.)

§. 84.

Ungültigkeit der Rechtsgeſchäfte.

Ein Rechtsgeſchäft iſt ungültig, nicht blos, wenn es einem geſetzlichen Verbot entgegenläuft, vorausgeſetzt, daß das hierbey einſchlagende Geſetz eine *perfecta lex* iſt, (wofür, wenigſtens im neuern Röm. Recht, die Vermuthung ſtreitet, §. 15. a. E.), ſondern überhaupt, wenn es ihm an einem weſentlichen Erforderniſſe in Anſehung der äußern oder innern Form fehlt [a]). In

dergleichen Fällen tritt nun die Ungültigkeit des Geschäfts in der Regel schon von Rechtswegen (ipso jure) ein, wenn auch im Gesetz diese Wirkung nicht ausdrücklich angedroht seyn sollte [b]; doch wird in manchen Fällen ein Geschäft erst dann wirkungslos, wenn es von einem dadurch verletzten Interessenten angefochten und umgestoßen wird [c]. Ueberhaupt aber ist die Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts nach der Zeit der Eingehung desselben zu beurtheilen [d], und es wird daher ein vom Anfange herein ungültiges Geschäft dadurch allein in der Regel nicht gültig, daß in der Folge der ursprüngliche Grund der Ungültigkeit wegfällt [e]. Dagegen wird umgekehrt allerdings ein Rechtsgeschäft in der Regel dadurch wieder aufgehoben, daß nachher solche Umstände eintreten, unter denen es gleich Anfangs nicht hätte bestehen können [f]; welche Regel jedoch auch viele Einschränkungen leidet [g]. — Wenn übrigens ein Rechtsgeschäft in der Hauptsache ungültig ist, so können auch die accessorischen Theile desselben nicht bestehen [h]; während dagegen umgekehrt, wenn die Ungültigkeit sich nur auf den minder wesentlichen Inhalt des Geschäfts oder die damit verbundenen Nebengeschäfte, oder nur auf bestimmte Personen, oder eine gewisse, das gesetzliche Maaß überschreitende Summe bezieht, das Geschäft im Uebrigen bey Kräften bleibt (*utile per inutile non vitiatur*) [i].

a) Doch leidet dieß hin und wieder Modificationen, insbesondere bey gewissen Mängeln der freyen Einwilligung, z. B. beym sog. **dolus incidens**. Vgl. §. 78. Note i).

b) **l. 5. pr. C. de legib. (I. 14.)**

c) **Z. B. Gaj. IV. §. 116. u. 117. pr. u. §. 1. I. de except. (IV. 13.) — Paul. I. 7. §. 1. u. 2. l. 1 — 3. D. de in integr. restitut. (IV. 1.)** Uebrigens pflegen die Neuern die sogleich bey ihrem Entstehen ungültigen oder nichtigen Geschäfte *negotia nulla* zu nennen, solche aber, welche an sich zwar gelten, aber aus besondern Gründen angefochten und umgestoßen werden, *negotia rescissa*. Indessen werden im Röm. Recht die Ausdrücke *rescindere* und *infirmare* bisweilen auch von solchen Handlungen, Geschäften oder Dispositionen gebraucht, welche schon von Rechtswegen, und also sogleich vom Anfange herein nicht gelten, z. B. **l. 61. pr. D. de jure dot. (XXIII. 3.) l. 64. §. 1. D. de condit. et demonstr. (XXXV. 1.)**, und umgekehrt kommt auch der Ausdruck *nullius momenti* bisweilen für Etwas vor, was nicht schon an sich null ist, sondern erst durch gewisse Rechtsmittel entkräftet werden muß, z. B. **l. 22.**

D. quae in fraud. creditor. (XLII. 8.) Ueber andere, ähnliche Ausdrücke vgl. des Verfassers Animadv. crit. ad Ulp. Fr. Sp. I. p. 32.

d) l. 137. §. 6. in f. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) „. . . . non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum *praesentis* aestimari debet stipulatio.“ l. 78. pr. D. eod. l. 8. pr. D. mandat. (XVII. 1.)

e) l. 29. D. de regul. jur. (L. 17.) „Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.“ l. 201. u. 210. D. eod. l. 1. pr. D. de regul. Caton. (XXXIV. 7.) pr. in f. u. §. 1. I. quib. non est permiss. testam. fac. (II. 12.) — §. 2. I. de inutil. stipulat. (III. 19. od. 20.) l. 83. §. 5. u. l. 137. §. 6. D. de verb. obligat. (XLV 1.) Doch leidet diese Regel auch viele Ausnahmen, z. B. l. 4. 27. u. 65. §. 1. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) l. 6. C. de nupt. (V. 4.) l. 41. §. 2. D. de legat. I. (XXX.) l. 1. §. 1. u. 5. u. l. 7. pr. D. de legat. III. (XXXII.) l. 1. §. 2. u. l. 4. D. de regul. Caton. (XXXIV. 7.) l. 22. D. de mort. caus. donat. (XXXIX. 6.) l. 31. u. 98. pr. D. de verb. obligat.

f) §. 2. I. de inutil. stipulat. (III. 19. od. 20.) „. . . . . Item contra, licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si postea in earum quam causam, de quibus supra dictum est, sine facto promissoris devenerit, exstinguetur stipulatio.“ l. 3. in f. D. de his, quae pro non script. hab. (XXXIV. 8.) „. . . . nam quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur.“ l. 98. pr. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) „. . . . maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quae recte constiterunt, resolvi putant, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere.“

g) l. 85. §. 1. D. de regul. jur. (L. 17.) „Non est novum, ut, quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt.“ l. 6. §. 1. l. 18. pr. u. l. 20. §. 4. D. qui test. fac. poss. (XXVIII. 1.) l. 140. §. 2. D. de verb. obligat. „Etsi placeat exstingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest, non tamen hoc in omnibus verum est; . . . .“

h) l. 178. D. de regul. jur. „Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent.“ l. 17. D. de injust. rupt. testam. (XXVIII. 3.) l. 1. C. de post. hered. (VI. 29.) Doch ist auch diese Regel nicht ohne Ausnahmen, z. B. l. 15. §. 2. l. 24. u. 25. §. 1. D. de inoffic. testam. (V. 2.)

i) l. 1. §. 5. D. de verb. oblig. (XLV. 1.) „. . . . duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis; neque vitiatur utilis per hanc inutilem . . . .“ l. 20. D. de usur. (XXII. 1.) l. 31. §. 4. D. de donat. int. vir. et uxor. (XXIV. 1.) — l. 5. §. 2. D. eod. l. 13. §. 29. D. de act. emt. et vend. (XIX. 1.) — l. 28. D. de usur. l. 34. pr. u. l. 36. §. 3. C. de donat. (VIII. 54.)

Zusatz. Bey einem Rechtsgeschäft, welches als dasjenige, was es nach der ursprünglichen Absicht der Disponenten, oder nach den ihm beygelegten Namen seyn sollte, nicht bestehen kann, ist es möglich, daß es durch Umwandlung in ein anderes Geschäft aufrecht erhalten werde. Dazu wird aber natürlich vorausgesetzt, daß das Geschäft die Erfordernisse desjenigen habe, in welches es verwandelt wird, und daß eine solche Umwandlung der Absicht der Disponenten angemessen sey, l. 1. §. 4. D. de pecun. constit. (XIII. 5.) l. 1. D. de jur. codicill. (XXIX. 7.), welche bald schon aus dem Inhalte und Zweck des Geschäfts selbst sich ergeben kann, l. 5. pr. D. de rescind. vend. (XVIII. 5.) l. 8. pr. D. de acceptil. (XLVI. 4.), bald aber eine ausdrückliche Willenserklärung erfordert. l. 41. §. 3. D. de vulg. et pup. substit. (XXVIII. 6.) l. 8. pr. u. §. 1. C. de codicill. (VI. 36.)

§. 85.

Interpretation der Rechtsgeschäfte.

Auch bey den Rechtsgeschäften ist eben so, wie bey den Gesetzen (§. 20.), eine dreyfache Art der Interpretation zu unterscheiden, nämlich: eine *authentische*, d. h. welche von den Urhebern des Geschäfts selbst herrührt, eine *usuelle*, d. h. welche durch Gewohnheit und insbesondere durch den Gerichtsbrauch über die Bedeutung gewisser Rechtsgeschäfte, oder über den Sinn einzelner dabey üblicher Ausdrücke angenommen ist, und eine *doctrinelle*, welche nach den Regeln der Auslegungskunst geschieht, und diese ist auch hier in die *grammatische* und die *logische* einzutheilen. (§. 20.) — Die authentische Interpretation geht auch bey Rechtsgeschäften den andern Arten vor (*Quilibet est optimus verborum suorum interpres*) [a]; nur darf sie freylich bey Verträgen nicht blos von dem einen Contrahenten, ohne Uebereinstimmung des Andern, erfolgen [b], während dagegen bey letzten Willen allerdings auch eine einseitige Erklärung von Seiten des Testators statthaft ist [c], und bey Klagen in Ansehung ihres Gegenstandes vorzugsweise die Erklärung des Klägers berücksichtigt werden muß [d]. — In Ermangelung einer authentischen Interpretation ist die *usuelle*, vermöge der dem Gewohnheitsrecht überhaupt gebührenden Auctorität (§. 12.), auch bey Rechtsgeschäften zu befolgen [e], so lange nicht ein besonderer Grund zur Ab-

weichung davon eintritt [f]). — Unter den auf die doctrinelle Interpretation der Rechtsgeschäfte bezüglichen Regeln sind hier besonders folgende, großentheils mit den Regeln für die Auslegung der Gesetze übereinstimmende, hervorzuheben: 1) Auch bey der Interpretation von Rechtsgeschäften muß man sich zunächst an den Wortverstand halten, und darf von selbigem, wenn er klar ist, nicht anders abgehen, als wenn mit Gewißheit erhellet, daß der Sinn und die Absicht der Disponenten auf etwas Anderes, als was die Worte sagen, gerichtet gewesen sey [g]). In diesem Falle ist dann aber auch auf die Absicht der Disponenten mehr Gewicht, als auf die Worte des Rechtsgeschäfts, zu legen [h]); weßhalb denn auch Irrthümer im Ausdruck, wenn sie nur der Gewißheit des Willens keinen Eintrag thun, weiter Nichts schaden, sondern nach der Absicht des Urhebers vom Rechtsgeschäft zu verbessern sind [i]), vorausgesetzt, daß derselbe nicht etwa dem einen oder andern Ausdruck eine mit den Regeln des Sprachgebrauchs unvereinbare Bedeutung untergelegt habe [k]). 2) Wenn der Wortsinn zweydeutig ist, und die Absicht der Disponenten nicht mit Gewißheit erhellet, so ist die in Frage stehende Bestimmung des Geschäfts so zu erklären, wie es der Natur desselben und den darauf bezüglichen Rechtsbestimmungen am angemessensten ist (*interpretatio facienda est secundum naturam negotii*) [l]); doch erfolgt, wenn auf diesem Wege zu einem sichern Resultat nicht zu gelangen ist, bey zweifelhaften Vertragsbestimmungen die Auslegung wider den, welcher nach der Natur des Verhältnisses die Bedingungen zu stellen pflegt, und daher auch im concreten Falle deutlicher hätte reden sollen (*interpretatio facienda est contra eum, qui clarius loqui debuisset*) [m]). 3) Ueberhaupt ist bey zweifelhaften Bestimmungen eines Rechtsgeschäfts die mildere Ansicht der strengern vorzuziehen [n]), und es sind daher insbesondere bey Verträgen die zweifelhaften Puncte derselben in der Regel zur Schonung des Verpflichteten auszulegen, so daß das, was nicht bestimmt ausgedrückt ist, auch nicht als Gegenstand der Verpflichtung angesehen werden kann [o]); weßhalb denn auch bey einem Zweifel über die Größe der Schuld nur die geringste Summe anzunehmen ist [p]). 4) Jedes Rechtsgeschäft ist zwar durch Interpretation, so viel als möglich, auf-

recht zu erhalten [q]); läßt ſich aber durch keine Interpretation ein paſſender Sinn ausmitteln, ſo iſt es ungültig [r]).

a) l. 96. D. de regul. jur. (L. 17.) „In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset.“

b) l. 12. D. de transact. (II. 15.) l. 99. pr. in f. D. de verb. obligat. (XLV. 1.)

c) l. 21. §. 1. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.)

d) l. 83. §. 1. D. de verb. obligat.

e) l. 23. D. de legib. (I. 3.) l. 21. §. 1. in f. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.) l. 34. D. de regul. jur. Vgl. §. 20. Note e).

f) Dieß würde der Fall ſeyn, z. B. wenn ſich ergäbe, daß die uſuelle Interpretation auf einem offenbaren Irrthum beruhe, arg. l. 39. D. eod., oder daß ſie im concreten Falle mit der wahrſcheinlichen Abſicht der Disponenten unvereinbar ſey.

g) l. 25. §. 1. u. l. 69. pr. D. de legat. III. (XXXII.) Vgl. §. 20. Note m).

h) l. 219. D. de verb. signif. (L. 16.) l. 23. in f. C. de legat. (VI. 37.) l. 16. C. de fideicommiss. (VI. 42.) l. 35. §. 3. D. de hered. instit. (XXVIII. 5.) Vgl. §. 20. Note n — p).

i) l. 9. §. 2—4. D. eod. l. 4. C. de testam. (VI. 23.)

k) l. 7. §. 2. D. de supellect. leg. (XXXIII. 10.) „Servius fatetur, sententiam ejus, qui legaverit, adspici oportere, in quam rationem ea solitus sit referre; verum si ea, de quibus non ambigeretur, quin in alieno genere essent, utputa escarium argentum, aut paenulas et togas supellectili quis adscribere solitus sit, non idcirco existimari oportere, supellectili legata ea quoque contineri, *non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere* . . . .“

l) l. 11. §. 1. D. de act emt. et vend. (XIX. 1.) l. 16. D. de condit. et demonstr. (XXXV. 1.) l. 67. D. de regul. jur.

m) l. 172. pr. D. eod. l. 39. D. de pact. (II. 14.) l. 21. u. 33. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 26. D. de reb. dub. (XXXIV. 5.) l. 38. §. 18. D. de verb. obligat. (XLV. 1.)

n) l. 56. D. de regul. jur. „Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt.“ Vgl. §. 21. Note v). — Doch wird bey zweifelhaften Ausdrücken einer Klage die dem Kläger vortheilhaftere Erklärung angenommen. l. 66. D. de judic. (V. 1.) l. 172. §. 1. D. de regul. jur.

o) l. 99. pr. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) „Quidquid adstringendae obligationis est, id, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est; ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit, verba late concipere. . . .“

p) l. 9. D. de regul. jur. „Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur.“ l. 34. D. eod.

q) l. 80. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) l. 12. D. de reb. dub. (XXXIV. 5.)

r) l. 10. pr. u. l. 27. D. eod. l. 73. §. 3. u. l. 188. pr. D. de regul. jur. (L. 17.)

§. 86.

Probatio. — Praesumtio. — Fictio.

Tit. D. de probationibus et praesumtionibus. (XXII. 3.)
Tit. C. de probationibus. (IV. 19.)

In der Regel muß jede Thatsache von dem, welcher sie behauptet, und für sich benutzt, bewiesen werden [a]), sofern sie nicht vom Gegner eingeräumt wird [b]), oder zu den allgemein bekannten Thatsachen gehört [c]). Wer daher aus einem Geschäft ein Recht ableitet und geltend macht, muß sowohl die Eingehung dieses Geschäfts, als die dabey geschehene Beobachtung der gesetzlichen Form erweisen [d]). Dagegen liegt der Beweis von Fehlern, welche dabey vorgekommen seyn sollen, dem Gegner ob, der sie behauptet [e]). Ferner ergiebt sich auch aus jenem Grundsatz, daß, wer eine Widerrechtlichkeit des Andern behauptet, um daraus ein Recht abzuleiten, seine dießfallsige Behauptung eben so beweisen muß [f]), wie der, welcher zur Begründung eines Rechts sich auf das Wissen oder Nichtwissen eines Thatumstandes, oder auf einen Irrthum beruft [g]). Indessen sind nicht nur manche Personen, vermöge eines jus singulare, von einem Beweise, der ihnen sonst obliegen würde, befreit [h]), sondern es kann die Freyheit vom Beweise auch zur Strafe eines widerrechtlichen Benehmens des Gegners eintreten [i]). — Außerdem fällt auch die Nothwendigkeit der Beweisführung überall weg, wo eine im Rechte begründete praesumtio oder fictio Platz ergreift. *Praesumtio* heißt überhaupt eine Annahme aus Gründen der Wahrscheinlichkeit [k]). Manche im Rechte aufgestellte Präsumtionen (sog. juris praesumtiones) lassen nun zwar den Beweis des Gegentheils zu [l]), andere aber nicht [m]); und dieß Letztere ist allemal auch bey den im Rechte angenommenen Fictionen (sog. fictiones juris) der Fall. Das Wesen einer solchen fictio besteht nämlich darin, daß gegen die wahre Beschaffenheit der Sache oder eines Thatumstandes Etwas nach rechtlichen Bestimmungen, aus Rücksicht der

Billigkeit, angenommen wird, um dadurch die sonstige Strenge des Rechts zu mildern, oder beschränkte Bestimmungen desselben in der Anwendung zu erweitern. Im Röm. Recht sind die meisten Fictionen durch das prätorische Recht eingeführt worden [n]; doch stammen Manche derselben auch aus dem Civilrechte ab [o], und unter diesen ist besonders bemerkenswerth die *fictio legis* Corneliae, nach welcher angenommen wird, daß ein in feindlicher Gefangenschaft verstorbener Römer schon früher, ehe er noch in Gefangenschaft gerieth, oder doch in dem Moment, wo dieß geschah, verstorben sey, damit er nämlich noch als Röm. Bürger verstorben zu seyn schiene, und in dieser Eigenschaft nach den Grundsätzen des Röm. Rechts beerbt werden könnte [p].

a) l. 2. D. h. t. „Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.“ l. 23. C. h. t. — l. 9. l. 17. u. 18. pr. l. 19. u. 22. D. h. t. l. 1. u. 9. C. h. t.

b) l. 1. D. de confess. (XLII. 2.) „Confessus pro judicato est, ...“ l. 3. u. l. 6. §. 2. u. 3. D. eod.

c) arg. l. 9. §. 2. D. de jur. et fact. ignorant. (XXII. 6.) „. . . . quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? . . . .“

d) l. 13. §. 2. D. de Public. in rem act. (VI. 2.) Wenn indessen über das Geschäft und dessen Inhalt eine Urkunde abgefaßt worden ist, so wird angenommen, daß Alles so, wie es in der Urkunde ausgedrückt ist, wirklich und auf gehörige Art vorgegangen sey, ohne daß es hierbey noch eines besondern Beweises über die Beobachtung der gesetzlichen Form bedarf; was sich im Röm. Rechte insbesondere auf solche Geschäfte bezieht, wobey die Stipulationsform vorkam. §. 17. I. de inutil. stipulat. (III. 19. od. 20.) §. 8. I. de fidejuss. (III. 20. od. 21.) l. 30. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) l. 14. C. de contrah. stipulat. (VIII. 38.)

e) l. 5. §. 1. D. h. t. l. 25. D. qui test. fac. poss. (XXVIII. 1.) l. 11. C. h. t.

f) l. 18. §. 1. D. h. t. l. 4. C. de edend. (II. 1.) l. 6. C. de dol. mal. (II. 21.) Vgl. jedoch d. Zusatz zum §. 78.

g) §. 4. I. de legat. (II. 20.) l. 21. u. l. 25. pr. u. §. 2. D. h. t. l. 6. C. qui milit. poss. (XII. 34.)

h) l. 25. §. 1. D. h. t.

i) l. 25. pr. D. h. t. l. 80. D. de rei vindic. (VI. 1.) Nov. 18. c. 10.

k) l. 24. u. 25. pr. D. h. t.

l) Beyspiele enthalten: l. 12. D. de statu hom. (I. 5.) l. 2. §. 1. D. de pact. (II. 14.) l. 40. §. 4. D. de procurator. (III. 3.) vgl. mit l. 35. pr. D. eod. l. 24. D. h. t. l. 33. §. 2. D. de legat. III. (XXXII.)

(S. auch Zuſatz 2. zum §. 75.) l. 9. §. 1. 2. u. 4. l. 16. pr. l. 22. u. 23. D. de reb. dub. (XXXIV. 5.) Vgl. Zuſatz 2. zum §. 25.

m) Beyſpiele dieſer Art kommen vor in der l. 8. §. 11. D. de suis et legit. hered. (XXXVIII. 16.) l. 14. C. de non numer. pec. (IV. 30.)

n) Z. B. Gaj. IV. §. 34 — 38. Ulp. XXVIII. §. 12.

o) Z. B. Gaj. III. §. 56. Vgl. auch Zuſatz 2. zum §. 75. a. E.

p) Ulp. XXIII. §. 5. l. 12. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.) l. 1. §. 1. u. l. 18. pr. D. ad leg. Falcid. (XXXV. 2.) l. 15. pr. D. de usurpat. (XLI. 3.) l. 18. u. 22. pr. D. de captiv. (XLIX. 15.) l. 1. C. de postlim. revers. (VIII. 51.) Gewöhnlich leitet man dieſe Fiction aus der lex Cornelia *de falsis* oder *testamentaria* (v. J. R. 673.) ab; allein wahrſcheinlicher rührt ſie aus einer eigenen, ſonſt nicht weiter bekannten lex Cornelia her, l. 15. D. de injust. rupt. testam. (XXVIII. 3.), die aber freylich nicht, wie es von Manchen geſchehen iſt, ſchon in die Zeit der Puniſchen Kriege geſetzt werden darf, da man gerade in dieſen Kriegen gegen die Mitbürger, die ſich ergeben hatten, ſo ſtreng verfuhr, daß man nicht einmal ihren Verwandten erlaubte, ſie loszukaufen. Vgl. des Verfaſſers Bemerk. über Röm. Rechtsgeſch. S. 285 — 287.

§. 87.

Beweismittel: 1) Zeugen. 2) Urkunden.

Paulus V. 15. de testibus.
Tit. Th. C. de fide testium et instrumentorum. (XI. 39.)
D. (XXII. 5.) u. J. C. (IV. 20.) de testibus.
D. (XXII. 4.) u. J. C. (IV. 21.) de fide instrumentorum etc.

Zu den Beweismitteln gehören hauptſächlich: Zeugen, Urkunden, und der Eid. (§. 88.) — Zeugen (testes) in der hierher gehörigen Beziehung [a]) heißen ſolche Perſonen, welche über eine ſtreitige Thatſache das, was ſie aus eigener Wahrnehmung davon wiſſen, ausſagen ſollen. Zur Ablegung eines Zeugniſſes kann man, wenn man die erforderliche Fähigkeit dazu [b]) und keinen Entſchuldigungsgrund [c]) hat, genöthiget werden [d]). In der Regel ſind nun zwey vollkommen glaubwürdige Zeugen (idonei testes, ſog. classici testes in dieſem Sinne [e])) zum vollſtändigen Beweis einer Thatſache, wenn ſie einſtimmig darüber ausſagen, hinreichend [f]); doch werden Ausnahmsweiſe in manchen Fällen deren Mehrere erfordert [g]). In ſeiner eigenen Sache aber kann man niemals ein gültiges Zeugniß ablegen [h]). — Urkunden im eigentlichen Sinne (scrip-

turae [i]), tabulae [k]), instrumenta [l]), documenta [m]),) heißen schriftliche Aufsätze, welche zum Beweise einer in Frage stehenden Thatsache dienen [n]). Sind sie unter obrigkeitlicher Auctorität entstanden, oder von einem öffentlichen Notar errichtet und vollzogen worden, so heißen sie öffentliche Urkunden (instrumenta publice confecta, auch publica monumenta, a. u.), und haben öffentlichen Glauben [o]); die übrigen sind bloße Privat-Urkunden (ἰδιόχειρα) [p]), deren Beweiskraft nach den Umständen zu beurtheilen ist [q]). Ueberhaupt darf eine Urkunde, wenn sie gegen den Aussteller beweisen soll, ihrem Inhalte nach, nicht allzu unbestimmt (indiscrete) abgefaßt seyn [r]), auch muß sie im Original (authenticum), nicht in einer bloßen Copie (exemplum), vorgebracht werden [s]); doch geschieht durch den Verlust der Beweisurkunde der Gültigkeit des in Frage stehenden Geschäfts kein Eintrag, wenn nur dessen Existenz auf andere Art dargethan werden kann [t]). Eigene Aufsätze oder Privatbemerkungen des Beweisführers haben an und für sich keine Beweiskraft, wenn sie nicht durch andere Beweismittel unterstützt werden [u]). Uebrigens kommen für einzelne Arten der Urkunden besondere Namen vor. So heißt z. B. *chirographum* überhaupt eine Handschrift oder ein Schuldschein [v]), im engern Sinne aber eine solche Handschrift, welche blos das enthält, was wirklich vorgefallen ist, während dagegen *syngrapha* eine solche Handschrift bezeichnet, worin sich Jemand gegen die Wahrheit zum Schuldner bekennt [x]). *Apochae* heißen Quittungen, wodurch der Gläubiger die erhaltene Zahlung bescheinigt, *antapochae* aber Gegenquittungen, wodurch der Schuldner eine dem Gläubiger geleistete Zahlung bescheinigt [y]).

a) Von den Beweiszeugen sind nämlich die bey gewissen Geschäften um der Solennität willen erforderlichen Zeugen (Solennitätszeugen, vgl. §. 70. Note d)) zu unterscheiden, obgleich auch diese gewissermaaßen die Eigenschaft von Beweiszeugen in Bezug auf das in ihrer Gegenwart errichtete Rechtsgeschäft haben. l. 4 — 7. D. testam. quemadm. aper. (XXIX. 3.) l. 32. C. de fideicommiss. (VI. 42.) „ . . . . . Cum enim res per testium solennitatem ostenditur, tunc et numerus testium et nimia subtilitas requirenda est. Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, majorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima

veritas reveletur. . . . . “ Uebrigens ſind Frauensperſonen zwar nicht zu einem Solennitätszeugniß fähig, Ulp. XX. §. 7. §. 6. I. de testam. ord. (II. 10.) l. 20. §. 6. D. qui test. fac. poss. (XXVIII. 1.), wohl aber zu einem Beweiszeugniß. l. 20. §. 6. D. cit. u. l. 18. D. h. t. (XXII. 5.)

b) Ueber die verſchiedenen Gründe der Unfähigkeit zu Ablegung eines Zeugniſſes ſ. Paul. V. 15. §. 1. u. 3. l. 3. §. 5. u. l. 6. D. h. t. (XXII. 5.) l. 3. 6. 12. u. 17. C. h. t. (IV. 20.), und über die Pflicht des Richters, die perſönliche Lage und Glaubwürdigkeit der Zeugen genau zu prüfen, ſ. l. 3. pr. — §. 3. u. l. 13. D. eod.

c) Ueber die Perſonen, denen dergleichen Entſchuldigungsgründe zukommen, ſ. Paul. V. 15. §. 2. l. 4. 5. 8. u. 25. D. h. t. (XXII. 5.) l. 10. pr. D. de grad. et affin. (XXXVIII. 10.)

d) l. 1. §. 1. D. h. t. (XXII. 5.)

e) Dieſer Ausdruck kommt zwar bey Festus h. v. vor, aber für Teſtamentszeugen überhaupt, vermuthlich weil ſie als die Repräſentanten der ehemaligen Volksclaſſen betrachtet wurden: „*Classici* testes dicebantur, qui signandis testamentis adhibebantur.“

f) l. 12. D. h. t. (XXII. 5.) „Ubi numerus testium non adjicitur, etiam *duo* sufficient; pluralis enim elocutio *duorum* numero contenta est.“ l. 9. §. 1. C. h. t. (IV. 20.)

g) Z. B. l. 15. §. 1. u. l. 18. C. eod.

h) l. 10. D. eod. „Nullus idoneus testis *in re sua* intelligitur.“ l. 10. C. eod.

i) l. 2. u. 4. D. h. t. (XXII. 4.) l. 11. C. qui potior. in pign. (VIII. 18.)

k) Paul. V. 25. §. 6. l. 66. pr. D. de donat. int. vir. et ux. (XXIV. 1.)

l) l. 9. §. 5. u. 6. D. de poen. (XLVIII. 19.) l. 2. u. 3. C. de jur. emphyteut. (IV. 66.) Doch umfaßt dieß Wort im weitern Sinne alle Beweismittel, ſo daß auch Zeugen und ihre Ausſagen darunter begriffen ſind. l. 1. D. h. t. (XXII. 4.)

m) l. 25. C. de probat. (IV. 19.) Aber auch dieſes Wort geht im weitern Sinne auf Beweismittel überhaupt. l. 29. C. de donat. (VIII. 54.)

n) Davon ſind zwar eigentlich die zur Form gewiſſer Geſchäfte erforderlichen ſchriftlichen Aufſätze (§. 70. Note c)) zu unterſcheiden; doch haben ſie auch zugleich die Natur von Beweis-Urkunden für das Geſchäft, worauf ſie ſich beziehen. l. 2. u. 3. C. de jur. emphyteut. (IV. 66.)

o) l. 10. D. de probat. (XXII. 3.) l. 6. C. de re judic. (VII. 52.) l. 11. C. qui potior. in pign. (VIII. 18.) Nov. 73. c. 5. u. 7.

p) l. 11. C. cit. Doch werden in Bezug auf Pfandbeſtellungen, die von wenigſtens drey unbeſcholtenen, männlichen Zeugen unterſchriebenen Urkunden den öffentlichen gleichgeachtet, und heißen daher auch instrumenta quasi publice confecta. l. 11. C. cit.

q) S. z. B. l. 26. §. 2. D. depos. (XVI. 3.) u. l. 29. pr. D. de probat. (XXII. 3.)

r) l. 25. §. 4. D. eod.

s) l. 2. D. h. t. (XXII. 4.)

t) l. 4. u. 5. D. eod. l. 1. 4. 5. u. 13. C. h. t. (IV. 21.)

u) l. 5 — 7. C. de probat. (IV. 19.)

v) l. 47. §. 1. D. de pact. (II. 14.) l. 41. §. 2. D. de usur. (XXII. 1.) Gleichbedeutend mit chirographum wird bisweilen auch *cautio* gebraucht, z. B. l. 40. init. D. de reb. cred. (XII. 1.) l. 25. §. 4. D. de probat. (XXII. 3.) l. 3. C. de verb. signif. (VI. 38.)

x) Asconius ad Cic. in *Verr.* I. 36. — Ueber den Unterſchied zwiſchen *chirographa* und *syngraphae* vgl. auch Wunderlich de antiqua literar. obligat. (Gotting. 1832.) p. 53 — 57. — Uebrigens ſcheint Gajus III. §. 134. beyde Worte gleichbedeutend zu nehmen; wenigſtens findet ſich hier der von Asconius l. c. angegebene Unterſchied nicht ausgedrückt.

y) l. 19. C. h. t. (IV. 21.) Uebrigens werden für Quittungen auch die Ausdrücke *cautio* und *securitas* gebraucht. l. 15. D. de probat. (XXII. 3.) l. 32. §. 1. D. de administr. tutor. (XXVI. 7.) — l. 17. C. si cert. petat. (IV. 2.) l. 18. C. h. t. (IV. 20.) l. 14. §. 1. u. 2. C. de non numerat. pec. (IV. 30.)

§. 88.

3) Eid.

Paulus II. 1. de rebus creditis et jurejurando.
Der gleichlautende Titel des Codex (IV. 1.)
Tit. D. de jurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali.

Eid (gewöhnlich jusjurandum, bisweilen auch juramentum oder sacramentum [a]),) heißt eine religiöſe Betheuerung [b]); doch iſt dazu nach der Anſicht des Röm. Rechts die Anrufung der Gottheit nicht weſentlich erforderlich, ſondern es kann Jemand auch bey andern, ihm heiligen oder theuren Gegenſtänden ſchwören, z. B. bey ſeinem Haupte oder Wohle, dem Haupte ſeiner Kinder u. dgl. [c]). Seinem Inhalte nach kann der Eid entweder auf Bekräftigung der Wahrheit einer Ausſage, oder auf Beſtärkung eines Verſprechens gerichtet ſeyn. Im erſtern Fall heißt er bey den Neuern jusjur. *assertorium*, im letztern Fall aber jusjur. *promissorium*. Nur die erſtere Art des Eides gehört in die Kategorie der Beweismittel [d]); denn in der Regel gilt das, was beſchworen iſt, für juriſtiſche Wahr-

heit, auch wenn der Schwörende hernach eines Meineides überführt werden ſollte [e]). — Was die drey, in der Ueberſchrift des oben angeführten Digeſtentitels vorkommenden Arten des Eides anlangt, ſo iſt man über deren Bedeutung nicht vollkommen einig; doch verſteht man, nach dem Vorgang der Gloſſatoren, gewöhnlich unter dem jusjur. *voluntarium* den außergerichtlichen Eid, der auf einer Uebereinkunft der Intereſſenten beruht, unter dem *necessarium* aber den vom Richter einer Parthey auferlegten, und unter dem jusjur. *judiciale* denjenigen Eid, welchen die eine Parthey der andern vor Gericht anträgt [f]). Uebrigens gilt es bey einem angetragenen Eide der wirklichen Leiſtung deſſelben in den Wirkungen gleich, wenn er von dem, welcher ihn angetragen hat, dem Andern, der zu ſchwören bereit iſt, erlaſſen wird [g]). Ein ſolcher aſſertoriſcher Eid aber, den Jemand ohne vorhergegangenen Antrag ſchwört, iſt in rechtlicher Hinſicht ganz wirkungslos [h]).

a) Z. B. l. 34. §. 5. D. h. t. l. 25. §. 3. D. de probat. (XXII. 3.) l. 5. §. 1. C. de legib. (I. 14.) l. 2. C. de jurejur. propt. calumn. (II. 59.) l. 12. §. 4 — 6. C. h. t.

b) Cic. de offic. III. 29. „ . . . . Est enim *jusjurandum* affirmatio religiosa.“

c) l. 3. §. 4. l. 4. u. 5. pr. l. 13. §. 6. u. l. 33. D. h. t. „Qui per salutem suam jurat, licet per Deum jurare videtur, — respectu enim divini numinis ita jurat, ...“ l. 41. C. de transact. (II. 4.) Von Juſtinian aber iſt für manche Fälle einer feyerlichen Eidesleiſtung die Form vorgeſchrieben worden, daß die heilige Schrift (sacrosanctae scripturae oder sacrosancta evangelia) vom Schwörenden berührt werden, oder wenigſtens vor ihm liegen ſoll. l. 27. C. de episcop. audient. (I. 4.) l. 2. pr. C. de jurejur. propt. calumn. (II. 59.) l. 14. C. de judic. (III. 1.) l. 12. §. 5. C. h. t. l. 7. §. 5. C. de curator. furios. (V. 70.) u. ſ. w.

d) Paul. II. 1. §. 1. l. 1. D. h. t. „Maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio, qua vel ex pactione ipsorum litigatorum, vel ex auctoritate judicis deciduntur controversiae.“

e) l. 21. u. 22. D. de dol. mal. (IV. 3.) „Quodsi deferente me juraveris, et absolutus sis, postea perjurium fuerit approbatum, Labeo ait, de dolo actionem in eum dandam, Pomponius autem per jusjurandum transactum videri. Quam sententiam et Marcellus . . . . probat; stari enim religioni debet. — Nam sufficit perjurii poena.“ Den Grund dieſer Regel in Bezug auf den angetra-

genen Eid giebt l. 2. D. h. t. an: „Jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem, quam res judicata.“ Eine Ausnahme aber enthält l. ult. C. h. t. Blos auf die vom Richter auferlegte Eidesleistung bezieht sich l. 31. D. h. t.

f) Vgl. Glück's Erläut. d. Pand. Thl. 12. S. 180. Von dieser gewöhnlichen Ansicht weichen indessen die Erklärungen einiger Mittelgriechen ab, s. Glück a. a. O. S. 180. u. 181., und auch heut zu Tage verstehen Viele unter dem jusjur. *voluntarium* den gerichtlich angetragenen Eid, im Gegensatz des vom Richter auferlegten (jusjur. *necessarium*), und begreifen beyde Arten zusammen unter dem Ausdruck: jusjur. *judiciale*, im Gegensatz des sog. jusjur. *extrajudiciale*.

g) Paul. II. 1. §. 3. l. 6. u. l. 9. §. 1. D. h. t.

h) l. 3. pr. D. h. t.

Zusatz. Als besondere Arten des assertorischen Eides, deren häufig in unsern Quellen Erwähnung geschieht, sind hier noch zu bemerken: 1) Das *jusjurandum de calumnia* oder *propter calumniam*, oder *calumniae jusjur.* (Eid vor Gefährde), d. h. derjenige Eid, wodurch man bey irgend einem rechtlichen Vorhaben betheuert, daß man nicht die Absicht habe, seinen Gegner dadurch zu chicaniren. Vgl. tit. C. de jurejur. propt. calumn. (II. 59.) Dieser Eid kommt in vielen Fällen zur Anwendung, und namentlich muß er in der Regel auch von demjenigen geleistet werden, welcher vor Gericht seinem Gegner den Eid anträgt. l. 34. §. 4. u. l. 37. D. h. t. 2) Das *jusjurandum in litem*, (a. u.) d. h. derjenige Eid, wodurch der Kläger selbst, auf den Antrag des Richters, die Größe des ihm vom Beklagten mit Vorsatz oder durch grobe Fahrlässigkeit zugefügten Schadens bestimmt. l. 1. 2. u. 4. §. 1. D. de in litem jurando. (XII. 3.)

Vierter Abschnitt.

Von der Natur der Rechte überhaupt, ihrer Erwerbung, Erhaltung und ihrem Verluste.

§. 89.

Verschiedenheit der Rechte[a]):

A) In Ansehung ihres Gegenstandes und ihrer Richtung.

In Ansehung des Gegenstandes sind nach dem Sinne des Röm. Rechts folgende drey Hauptarten der Rechte zu unterschei-

den: 1) Zuſtandsrechte, d. h. ſolche, welche den perſönlichen Zuſtand eines Menſchen und die damit verknüpften Rechtsverhältniſſe betreffen, (wohin namentlich auch die durch potestas, manus und mancipium [§. 31.] begründeten Unterwürfigkeits- oder Abhängigkeitsverhältniſſe gehören). Die Erörterung dieſer Rechtsverhältniſſe macht den Gegenſtand des Perſonenrechts (jus personarum) aus. Vgl. §. 1. Note c) u. §. 4. 2) Dingliche oder ſachliche Rechte, oder Rechte an Sachen, d. h. ſolche, welche Jemandem unmittelbar an einer Sache zuſtehen, ſo daß dieſe entweder ganz, oder doch in gewiſſen Beziehungen der Herrſchaft des Berechtigten unterworfen iſt. (Ueber die Natur und Wirkung dieſer Rechte ſ. d. Einleit. §. 16. Nr. 2.) Für dergleichen Rechte kommen im Röm. Rechte die Ausdrücke *dominium* und *jus in re* (a. u.) oder auch *jus* ſchlechthin vor [b]); bey den Neuern heißen ſie jura in rem oder realia. Ihre Erörterung iſt der Gegenſtand des Sachenrechts (ſog. jus rerum im engern Sinne). Vgl. §. 1. u. §. 4. 3) Perſönliche oder Forderungsrechte, d. h. ſolche, welche Jemandem gegen eine beſtimmte, aus einem beſondern Grunde ihm verpflichtete Perſon ſo zuſtehen, daß er irgend eine Leiſtung von ihr fordern kann [c]). (Ueber die Natur und Wirkung dieſer Rechte ſ. d. Einleit. §. 16. Nr. 3.) Rechte dieſer Art heißen in unſern Quellen *obligationes* [d]), (wofür auch bisweilen der Ausdruck *jus obligationis* vorkommt [e]),) bey den Neuern aber jura in personam oder personalia, oder auch jura ad rem [f]). Ihre Erörterung bildet den Gegenſtand des Obligationenrechts (ſog. jus obligationum). Vgl. §. 1. u. 4. — Ferner ſind die Rechte hinſichtlich ihrer Richtung entweder *publica* oder *privata* jura, je nachdem ſie ſich auf Verhältniſſe des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts beziehen [g]).

a) Ueber die Claſſification der Rechte herrſcht eine große Meinungsverſchiedenheit. Vgl. außer den in der Einleitung §. 16. Note a) angeführten Schriften, auch Thibaut's Verſuche ꝛc. B. 2. Nr. 1. u. 2., von Löhr, im Magaz. für Rechtswiſſenſch. Bd. 4. S. 2 — 5. Puchta, im Rhein. Muſeum, Jahrgang 3. S. 297 — 305. Mühlenbruch's Lehrb. d. Pand. Rechts §. 76 — 79.

b) Gaj. II. §. 40. u. 44. Ulp. XIX. §. 2. 8. u. 16. l. 1. pr. D. de acquir. rer. domin. (XLI. 1.) — l. 30. D. de noxal. act. (IX. 4.)

l. 71. §. 5. D. de legat. I. (XXX.) l. 13. §. 1. u. l. 19. pr. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) l. 2. §. 22. D. vi bonor. rapt. (XLVII. 8.) l. 8. §. 1. C. de praescript. XXX. annor. (VII. 39.)

c) Von dieſen ſind jedoch diejenigen Rechte zu unterſcheiden, welche man höchſtperſönliche oder allerperſönlichſte nennt, (vgl. die Einleit. §. 16. Note g)) z. B. perſönliche Servituten, §. 3. I. de usufr. (II. 4.) l. 1. D. de servitut. (VIII. 1.) l. 37. D. de servitut. praed. rust. (VIII. 3.) l. 15. D. famil. ercisc. (X. 2.), desgl. perſönliche Privilegien (vgl. §. 90.) u. ſ. w.

d) l. 3. pr. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) „*Obligationum* substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.“

e) Z. B. §. 2. I. de reb. incorporal. (II. 2.) l. 1. §. 1. D. de divis. rer. (I. 8.)

f) Dieſer Ausdruck, der freylich die Auctorität des canoniſchen Rechts für ſich hat, iſt ſchon um deßwillen unpaſſend zur Bezeichnung der Forderungsrechte, weil ja die Leiſtung des Verpflichteten nicht immer auf eine Sache im eigentlichen Sinne geht, ſondern eben ſo gut in einem beſtimmten Thun, oder Unterlaſſen, oder Leiden deſſelben beſtehen kann.

g) l. 5. §. 2. u. l. 6. D. de capit. minut. (IV. 5.)

Erinnerung 1. In jedem Rechte, das, als ſolches, im Staate oder im poſitiven Rechte anerkannt iſt, liegt zugleich auch die Möglichkeit, es gerichtlich geltend zu machen oder zu verfolgen. Dieſe Möglichkeit iſt nun zwar ſelbſt als ein Recht zu betrachten, und die verſchiedenen Arten der gerichtlichen Verfolgung der Rechte machen einen eignen Theil des Inſtitutionen-Syſtems, nämlich das ſog. jus actionum, aus. Vgl. §. 1. u. 2. Dennoch läßt ſich hieraus eine eigne, oder ſelbſtſtändige Art von Rechten nicht ableiten, da jene Möglichkeit nur eine Eigenſchaft oder Folge der Rechte iſt. Vgl. auch §. 1. Note q).

Erinnerung 2. Das Wort *obligatio* bezeichnet im Röm. Recht zwar, außer dem Forderungsrecht des Gläubigers, auch die demſelben entſprechende Verbindlichkeit des Schuldners, (was, nebſt den andern Bedeutungen dieſes Worts, am gehörigen Orte, d. h. beym Anfang des Obligationenrechts, näher zu erörtern iſt;) keineswegs aber kommt es auch für eine Rechtspflicht oder Verbindlichkeit im Allgemeinen vor, ſondern dafür werden entweder die Zeitwörter: *debere*, oder *necesse esse* oder *necesse habere*, u. dgl. gebraucht, oder auch die Hauptwörter: *necessitas* oder *officium*. Vgl. Brisson. unter dieſen Wörtern, u. Hugo, im Civil. Magaz. B. 3. S. 406. Es hat aber das Wort *officium*, außer der Bedeutung von Rechtspflicht (z. B. l. 56. §. 2. D. mandat. [XVII. 1.] l. ult. C. de dotis promiss. [V. 11.]), oder Dienſtleiſtung, wozu man verpflichtet iſt, (z. B. l. 1. u. l. 22. pr. D. de oper. libert. [XXXVIII. 1.]) auch noch verſchiedene andere Bedeutungen im Röm. Rechte. Denn bisweilen bezeich-

net es eine Verbindlichkeit aus Liberalität, oder einen Freundschaftsdienst, im Gegensatz der necessitas, z. B. l. 17. §. 3. D. commodat. (XIII. 6) l. 1. §. 4. D. mandat. (XVII. 1.), desgleichen eine Pflicht aus Pietät oder Dankbarkeit, z. B. l. 2. D. de inoffic. testam. (V. 2), insbesondere auch eine Amtspflicht, oder die mit einem besondern Rechtsverhältnisse verbundene Pflicht, z. B. officium Praetoris, tutoris u. dgl. z. B. tit. D. de offic. praetor. (I. 14.) l. 7. §. 1. D. de administrat. tutor. (XXVI. 7.), desgleichen auch ein Amt oder Amtsverhältniß selbst, z. B. l. 46. D. de judic. (V. 1.), ferner auch Beamte oder Diener der Obrigkeiten, l. 6. §. 5. D. de offic. praes. (I. 18.) l. 45. §. 9. D. de jure fisc. (XLIX. 14.), ja auch selbst Sclaven einer Privatperson. l. 27. §. 1. D. de instruct. legat. XXXIII. 7.)

§. 90.

B) In Ansehung ihres Inhalts und ihres Verhältnisses theils unter einander, theils zu den Rechtsquellen.

In Ansehung des Inhalts sind die Rechte entweder jura *affirmativa** oder *negativa**, je nachdem sie sich auf positives Handeln oder auf Unterlassungshandlungen beziehen. Die negativen Rechte können entweder Unterlassungshandlungen des Berechtigten selbst zum Gegenstande haben, so daß sie also in gewissen Befreyungen bestehen, (worauf im Röm. Rechte, namentlich in Bezug auf bürgerliche Pflichten und Lasten, die Ausdrücke: *immunitas*, *vacatio* und *excusatio* gehen [a]),) oder auch Unterlassungshandlungen eines Andern, wenn nämlich der Berechtigte verlangen kann, daß ein anderer Etwas leide oder nicht thue (Vgl. §. 15. d. Einleit.). — Im Verhältniß zu einander betrachtet, sind die Rechte entweder Hauptrechte, (die man *principalia* jura nennen kann [b]),) oder Nebenrechte (accessiones [c])), je nachdem sie entweder für sich bestehen können, oder nothwendig ein anderes Recht, zu dem sie hinzu kommen, voraussetzen, wie z. B. das Pfandrecht [d]). — Hinsichtlich des Verhältnisses zu den Rechtsquellen aber sind die Rechte entweder *naturalia* oder *civilia* jura, je nachdem sie nämlich entweder auf Grundsätzen des natürlichen Rechts, oder auf positivrechtlichen Bestimmungen beruhen [e]), und die Letztern sind wiederum entweder jura *communia*, wenn

ſie den gewöhnlichen Rechtsregeln entſprechen [f]), oder *privilegia*, wenn ſie auf Ausnahmen von den allgemeinen Rechtsregeln, oder auf Abweichungen von der ſtrengen Conſequenz des Rechts beruhen [g]). Von Rechten dieſer Art gilt die ſchon im §. 13. vorgekommene Bemerkung, daß ſie ſich nicht nothwendig nur auf einzelne Perſonen, Sachen oder Fälle zu beſchränken brauchen, ſondern ſich auch auf ganze Claſſen von Perſonen, oder Arten von Sachen erſtrecken, oder mit gewiſſen Rechtsverhältniſſen verbunden ſeyn können. Bezieht ſich nun ein Privilegium nur auf eine beſtimmte, phyſiſche oder juriſtiſche, Perſon, ſo nennen es die Neuern privil. *personae* oder *personale*, iſt es aber mit einer Sache verbunden privil. *rei* oder *reale* [h]); nach dem Röm. Sprachgebrauch ſind dergleichen Privilegien vielmehr *specialia* privil. zu nennen [i]). Gereicht das Privilegium demjenigen, auf den es ſich bezieht, zum Vortheil, ſo heißt es bey den Neuern privil. *favorabile*, im entgegengeſetzten Fall privil. *odiosum* [k]). Das vortheilhafte Privilegium heißt im Röm. Recht auch *beneficium* [l]), oder ſofern es nur beſtimmten Individuen verliehen iſt, *speciale beneficium* [m]). Ein ſolches kommt nur alsdann zur Anwendung, wenn der, dem es zuſteht, es geltend machen will, oder zu ſeinem Vortheil ſich darauf beruft [n]). Auch leidet es keine analoge Anwendung auf andere Perſonen oder ähnliche Fälle [o]); doch müſſen die in der dießfallſigen Verleihung gebrauchten allgemeinen Ausdrücke im vollen Sinne und Umfange genommen werden [p]). Uebrigens bezieht ſich auf die Wirkſamkeit der Privilegien, oder den Umfang ihrer Anwendbarkeit, die im Röm. Recht vorkommende Eintheilung in privilegia *personae* und privil. *causae*. Mit dem erſtern Namen werden ſolche Privilegien bezeichnet, welche ihrem Grunde und Weſen nach an die Perſon des Privilegirten geknüpft ſind, und daher auf Andere nicht übergehen können, ſelbſt nicht auf die Erben deſſelben; mit dem letztern Namen aber ſolche, welche mit gewiſſen Rechtsfällen oder Rechtsverhältniſſen verbunden ſind, ſo daß ſie nicht blos dem zunächſt und urſprünglich dabey Betheiligten zukommen, ſondern auf Jeden übergehen, der in das Rechtsverhältniß ſelbſt, worauf ſie ſich beziehen, eintritt [q]).

a) l. 18. D. de verb. signif. (L. 16.) l. 18. §. 29. D. de muner. (L. 4.) l. 1. pr. u. §. 1. l. 4. u. 6. D. de vacat. muner. (L. 5.) l. 17. §. 1. l. 23. pr. u. l. 44. pr. D. de excusat. (XXVII. 1.)

b) Nach der Analogie des in der l. 3. pr. D. de separat. (XLII. 6.) vorkommenden Ausdrucks: *principalis obligatio.*

c) Ueber die hierher gehörige Bedeutung dieses Worts vgl. Zusatz zu §. 65.

d) l. 1. u. 2. C. si pignor. convent. (VIII. 33.)

e) Gaj. I. §. 158. §. 3. I. de legit. agnat. tutel. (I. 15.) l. 8. D. de cap. minut. (IV. 5.)

f) l. 37. D. de jure fisci (XLIX. 14.) l. 9. C. de in integr. restitut. minor. (II. 22.)

g) l. 15. D. de vulg. et pupill. substitut. (XXVIII. 6.) Ueber die ursprüngliche Bedeutung von privilegium, und den bey den Röm. Juristen üblichen weitern Sinn dieses Worts vgl. §. 13. Note l) u. m).

h) Diese doppelte Art der Privilegien wird in der l. 1. §. 43. D. de aqua quotid. (XLIII. 20.) unterschieden: „Et datur interdum praediis, interdum personis; quod praediis datur, exstincta persona non exstinguitur; quod datur personis, cum personis amittitur; ideoque neque ad alium dominum praediorum, neque ad heredem, vel qualemcunque successorem transit.“

i) Vgl. §. 14. Note b).

k) Dieser Unterschied kommt zwar nicht den Worten, aber der Sache nach, vor im §. 6. I. de jure nat. et gent. et civ. (I. 2.) u. l. 1. §. 2. D. de constit. princ. (I. 4.)

l) z. B. l. 6. D. de integr. restitut. (IV. 1.) l. 7. §. 5. u. l. 42. D. de minor. (IV. 4.) l. 3. D. de testam. mil. (XXIX. 1.) l. 4. C. qui bonis ced. poss. (VII. 71.)

m) Vgl. §. 14. Note b). Ueber die Bedingungen, von denen die Wirksamkeit der personales constitutiones, wodurch individuelle Privilegien verliehen werden, abhängt, s. §. 14. Note g — o).

n) l. 69. D. de regul. jur. (L. 17.) „Invito beneficium non datur.“ l. 156. §. 4. D. eod.

o) Vgl. die in der Note k) angeführten Stellen, u. §. 21. Note h).

p) l. 3. D. de constit. princ. (I. 4.) „Beneficium Imperatoris, quod a divina scilicet ejus indulgentia proficiscitur, *quam plenissime* interpretari debemus.“ l. 2. C. de legib. (I. 14.)

q) l. 196. D. de regul. jur. (L. 17.) „Privilegia quaedam *causae* sunt, quaedam *personae;* et ideo quaedam ad heredem transmittuntur, quae causae sunt; quae personae sunt, ad heredem non transeunt.“ l. 68. D. eod. „In omnibus causis id observatur, ut, ubi personae conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficiat, ubi vero genus actionis id desiderat, ibi ad quemvis persecutio ejus devenerit, non deficiat ratio auxilii.“ — Beyspiele von beyden Arten der Privilegien kommen in folgenden Stel-

len vor: l. 42. D. de administrat. tutor. (XXVI. 7.) l. 24. u. 25. D. de re judicat. (XLII. 1.) l. 7. pr. D. de except. (XLIV. 1.) l. 13. C. de excusat. mun. (X. 47.) einerſeits, und l. 6. D. de in integr. restitut. (IV. 1.) l. 18. §. 5. u. l. 24. pr. D. de minor. (IV. 4.) l. 7. §. 1. D. de except. l. un. C. si advers. dot. (II. 84.) andererſeits.

§. 91.

Allgemeine Regeln über die Ausübung der Rechte.

1) Dem Berechtigten ſteht es in der Regel frey, ob er von ſeinem Rechte Gebrauch machen will, oder nicht [a]). 2) Sein Recht darf man zwar innerhalb der Grenzen deſſelben vollſtändig ausüben [b]), wenn auch daraus für einen Andern irgend ein Nachtheil erwachſen ſollte (*qui jure suo utitur, nemini facit injuriam*) [c]); doch iſt es unerlaubt, ein Recht unter Umſtänden, wo man von deſſen Ausübung keinen Vortheil hat, blos deßhalb auszuüben, um dadurch einem Andern zu ſchaden [d]), und eben ſo wenig darf die Ausübung eines Rechts mit einer Beeinträchtigung fremder Rechte verbunden ſeyn [e]). 3) Wem das Mehrere oder Größere erlaubt iſt, der darf auch das Wenigere oder Geringere thun, was in jenem enthalten iſt [f]). 4) Wem ein Recht eingeräumt iſt, der iſt auch befugt, die Mittel zu gebrauchen, ohne welche die Ausübung jenes Rechts nicht möglich ſeyn würde [g]). 5) Wer die Vortheile einer Sache genießt, muß auch die damit verbundenen Laſten tragen, und umgekehrt [h]). 6) In der Regel kann man ſeine Rechte nicht blos in eigener Perſon ausüben, ſondern auch durch Andere ausüben laſſen [i]). Doch giebt es freylich auch manche Rechtshandlungen, welche keinen Stellvertreter zulaſſen, wohin, außer andern Beyſpielen [k]), insbeſondere auch alle legis actiones (§. 69.) gehören [l]).

a) l. 41. de minor. (IV. 4.) „. . . . unicuique licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt. . . .“ l. un. C. ut nemo invit. agere cogat. (III. 7.)

b) l. 7. C. de religios. (III. 44.) „. . . . cum jure suo eorum, quae minus prohibita sunt, unicuique facultas libera non denegetur.“ l. 13. §. 7. D. de injur. (XLVII. 10.) „. . . . si quis re mea uti me non permittat, ... injuriarum conveniri potest. . . . .“

c) l. 55. D. de regul. jur. (L. 17.) „Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur.“ l. 151. D. eod. „Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet.“ l. 155. §. 1. D. eod. l. 9. D. de servitut. praed. urb. (VIII. 2.) l. 24. §. 12. u. l. 26. D. de damno infect. (XXXIX. 2.)

d) l. 38. in f. D. de rei vindicat. (VI. 1.) „ . . . . neque malitiis indulgendum est, ... “ l. 1. §. 11. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.) „ . . . . prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur, ...“ l. 1. §. 12. D. eod. „Denique Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi . . . . , *si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.*“

e) l. 1. §. 1. D. eod. l. 24. §. 12. in f. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) Doch leidet dieſe Regel manche Beſchränkungen aus dringenden Rückſichten zum Schutz der eigenen Rechte, z. B. l. 4. l. 29. §. 3. u. 4. l. 45. §. 4. u. l. 49. §. 1. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) l. 14. D. de praescript. verb. (XIX. 5.) l. 1. §. 27. u. 28. D. de vi (XLIII. 16.) l. 3. §. 7. D. de incend. (XLVII. 9.)

f) l. 21. D. de regul. jur. (L. 17.) „Non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere.“ l. 113. D. eod. „In toto et pars continetur.“ l. 163. u. 165. D. eod. — pr. I. de servitut. (II. 3.)

g) l. 2. D. de jurisdict. (II. 1.) l. 10. D. de servitut. (VIII. 1.) l. 20. §. 1. D. de servitut. praed. urb. (VIII. 2.) l. 3. §. 3. D. de servitut. praed. rust. (VIII. 3.) l. 11. D. commun. praed. (VIII. 4.)

h) l. 10. D. de regul. jur. „Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda.“ l. un. §. 4. C. de caduc. toll. (VI. 51.)

i) pr. I. de iis, per quos agere poss. (IV. 10.) l. 8. pr. D. de procurat. (III. 3.) l. 12. §. 2. D. de usufr. (VII. 1.) l. 17. §. 20. D. de injur. (XLVII. 10.)

k) l. 90. pr. D. de acquir. hered. (XXIX. 2.) l. 17. §. 1. D. de appellat. (XLIX. 1.) l. 13. §. 10. D. de acceptilat. (XLVI. 4.)

l) l. 123. pr. D. de regul. jur. „Nemo alieno nomine lege agere potest.“ l. 3. C. de vindict. (VII. 1.) Ehedem ſah man es gewöhnlich als eine Eigenthümlichkeit der actus legitimi an, daß ſie nicht durch einen Stellvertreter vollzogen werden könnten. Vgl. §. 69. Note m). — Uebrigens iſt dieſe Eigenthümlichkeit der legis actiones, daß ſie ſchlechterdings in eigner Perſon vorgenommen werden müſſen, daraus zu erklären, daß ſie den älteſten geſetzmäßigen Klagen, alſo den legis actiones im urſprünglichen Sinne (§. 69. Note g)), nachgebildet ſind, bey dieſen aber Stellvertreter in der Regel nicht zuläſſig waren. Gaj. IV. §. 82. pr. I. de iis, per quos agere poss. (IV. 10.)

§. 92.

Concurrenz und Colliſion der Rechte[a]).

Unter Concurrenz der Rechte verſteht man das Zuſammentreffen mehrerer, auf denſelben Gegenſtand gerichteter Rechte verſchiedener Perſonen, wobey jedoch die vollſtändige Ausübung des einen Rechts neben dem andern möglich iſt; unter Colliſion der Rechte aber einen ſolchen Fall, wo zwey oder mehrere Rechte verſchiedener Perſonen einander ſo widerſtreiten, daß ſie entweder gar nicht, oder doch nicht vollſtändig neben einander ausgeübt werden können. Wahre Colliſionsfälle ſind nun hauptſächlich nach folgenden Regeln zu entſcheiden: 1) Das in den Geſetzen ſelbſt beſonders begünſtigte oder bevorzugte Recht geht dem andern, nicht bevorzugten Rechte vor[b]); außerdem das ſpeciellere Recht dem generellern[c]), und oft auch das ältere Recht dem jüngern[d]). 2) Demjenigen gebührt der Vorzug, welcher eine Sache ſchon erhalten, conſumirt, oder occupirt hat, oder ſonſt auf irgend eine Art in ihren Beſitz gekommen iſt, jedoch ſo, daß er ſich mit dem Schaden des Andern nicht bereichern darf[e]). 3) Im Zweifel hat derjenige, welcher nur damit umgeht, einen poſitiven Schaden von ſich abzuwenden, den Vorzug vor dem, welcher einen Gewinn machen will[f]). — Wenn nun aber von dieſen Regeln keine in einem beſtimmten Colliſionsfall zur Anwendung gebracht werden kann, und auch nicht etwa ein beſonderes, für einen Fall dieſer Art durch Rechtsbeſtimmungen dargebotenes Auskunftsmittel, z. B. das Loos[g]), Platz ergreift, ſo kommt es darauf an, ob das Object, worauf die Berechtigten gleiche Anſprüche haben, theilbar iſt, oder nicht. Im erſtern Falle muß die Theilung verhältnißmäßig geſchehen[h]), während dagegen im letztern Falle die ſich gegenüberſtehenden gleichen Rechte einander dermaaßen hinderlich ſind, daß Keiner der Berechtigten von ſeinem Rechte gegen den Andern Gebrauch machen kann[i]).

a) Vgl. insbeſondere Thibaut's Verſuche ꝛc. B. 2. Nr. 14., und Fritz Erläut. zu Wening-Ingenheim. Erſt. H. S. 58 — 69.

b) l. 11. §. 7. u. l. 12. D. de minor. (IV. 4.) l. 3. §. 2. D. de SC. Macedon. (XIV. 6.) l. 5 — 7. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) l.

26. u. 34. D. de reb. auct. jud. possid. (XLII. 5.) l. 24. u. 25. C. ad SC. Vellej. (IV. 29.)

c) l. 80. D. de regul. jur. (L. 17.) (Vgl. §. 17. Note c).) l. 41. §. 8. u. l. 99. §. 5. D. de legat. III. (XXXII.) l. 1. pr. D. de aur. argent. legat. (XXXIV. 2.)

d) l. 98. D. de regul. jur. „Quoties utriusque causa lucri ratio vertitur, is praeferendus est, cujus in lucrum causa *tempore praecedit.*“ l. 26. D. locat. (XIX. 2.) l. 12. pr. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) l. 8. C. eod. (VIII. 18.) Nov. 91. c. 1.

e) l. 11. §. 6. D. de minor. (IV. 4.) „ . . . . melior est causa . . . . ejus, qui accepit, et vel dilapidavit, vel perdidit.“ l. 34. pr. D. eod. „ . . . . . melior est causa consumentis, nisi locupletior ex hoc inveniatur litis contestatae tempore is, qui accepit.“ l. 14. pr. D. de noxal. act. (IX. 4.) „ . . . . . verius est, occupantis meliorem esse conditionem“ . . . . . l. 4. D. de in rem vers. (XV. 3.) l. 19. D. de re judic. (XLII. 1.) l. 8. D. de condict. ob turp. caus. (XII. 5.) „ . . . . possessorem potiorem esse, ...“ l. 9. §. 4. D. de Public. in rem act. (VI. 2.) l. 126. §. 2. D. de regul. jur. „Cum de lucro duorum quaeratur, melior est causa possidentis.“ l. 128. pr. D. eod. „In pari causa possessor potior haberi debet.“ — l. 14. D. de condict. indeb. (XII. 6.) „ . . . . natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.“

f) Vgl. die letzte Stelle der vorigen Note, u. l. 41. §. 1. D. de regul. jur. „In re obscura melius est favere repetitioni, quam adventicio lucro.“ — Anwendungen davon kommen vor in der l. 34. pr. D. de minor. (IV. 4.) l. 14. §. 1. in f. D. de religios. (XI. 7.) l. 22. §. 5. C. de jur. delib. (VI. 30.) l. 8. §. 2. C. de codicill. (VI. 36.)

g) Fälle, in denen das Loos die Collision entscheiden soll, kommen vor l. 14. D. de judic. (V. 1.) l. 5. D. famil. ercisc. (X. 2.) l. 24. §. 17. D. de fideic. libert. (XL. 5.) l. 3. pr. C. commun. de legat. (VI. 43.) §. 23. I. de legat. (II. 20.)

h) l. 7. pr. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) l. 33. D. de legat. I. (XXX.) l. 32. D. de reb. auctor. jud. poss. (XLII. 5.) l. 6. C. eod. (VII. 72.) l. 2. §. 7. D. quae in fraud. creditor. (XLII. 8.)

i) Dies drücken die Neuern gewöhnlich so aus: privilegiatus contra aeque privilegiatum jure suo non utitur. Doch beschränkt sich diese Wirkung nicht blos auf Privilegien, sondern tritt auch bey gewöhnlichen Rechten ein. l. 36. D. de dol. mal. (IV. 3.) l. 57. in f. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 39. D. solut. matrim. (XXIV. 3.) l. 42. u. 43. D. de hered. instit. (XXVIII. 5.)

§. 93.

Erwerb der Rechte.

Zur Erwerbung eines Rechts ist im Allgemeinen erforderlich: 1) Ein erwerbsfähiges Subject. 2) Eine Sache, sey es eine körperliche oder unkörperliche, oder eine Handlung, welche Gegenstand des zu erwerbenden Rechtes seyn kann (§. 74.). 3) Ein rechtmäßiger Erwerbsgrund (**justa causa** oder **causa** schlechthin, oder **justus titulus** oder auch **titulus** schlechthin [a]). Dieser beruht entweder unmittelbar auf einer Rechtsvorschrift, oder zunächst auf einer Thatsache, welche nach Rechtsgrundsätzen zur Begründung eines Rechts geeignet ist. In manchen Fällen erwirbt man nämlich unter gewissen factischen Voraussetzungen ein Recht schon von selbst (ipso jure) oder nach gesetzlicher Bestimmung (lege acquiritur), also ohne Dazwischenkunft einer Willenserklärung oder Handlung [b]). Gewöhnlich aber ist zum Rechtserwerb eine bestimmte Handlung oder Begebenheit erforderlich, sey es eine solche Handlung, welche in der Absicht geschieht, um Rechte zu begründen, wie namentlich ein Rechtsgeschäft (§. 69.), oder eine andere Thatsache oder Begebenheit, z. B. eine unerlaubte Handlung eines Andern [c]), oder eine Naturbegebenheit [d]). — Die Erwerbungsarten sind nun entweder **acquisitiones originariae** * oder **derivativae** *, je nachdem nämlich durch sie ein Recht entweder ursprünglich und unmittelbar, d. h. ohne Ableitung desselben von einem Andern, erworben wird, oder aber so, daß das Recht von einem Andern auf den Erwerber übergeht. Bey den Letztern findet allemal ein Eintreten (**successio**) des Erwerbers in das Recht seines Vorgängers (**auctor** [e])) Statt, sey es in die Gesammtheit eines Vermögens (**per universitatem successio**), oder nur in einzelne Rechte [f]). Wer in das Recht eines Andern eintritt, erwirbt es in der Regel in dem nämlichen Umfange, in welchem es seinem Vorgänger zustand [g]), kann aber in keinem Falle hinsichtlich dieses Rechts Mehr erwerben, als sein Vorgänger hatte [h]). — Außerdem beziehen sich auf den Rechtserwerb noch folgende allgemeine Grundsätze: 1) Es ist dazu in der Regel das Vorhandenseyn eines rechtlichen Interesse auf Seiten des Erwerbers erforderlich [i]), wenn es übrigens auch ein bloßes Interesse der Affection seyn sollte, d. h. ein

ſolches, welches blos auf individuellen Verhältniſſen und Neigungen beruht [k]). 2) Schon die natürliche Billigkeit bringt es mit ſich, daß ſich Niemand auf Unkoſten und mit dem Schaden eines Andern bereichern dürfe [l]). 3) Noch weniger darf für Jemanden ſeine eigene Widerrechtlichkeit der Grund eines Rechtserwerbs oder einer Bereicherung werden [m]).

a) Gaj. II. §. 20. u. 95. Ulp. XIX. §. 7. 20. u. 21. l. 31. pr. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) l. 11. §. 4. D. de except. rei judic. (XLIV. 2.) l. 159. D. de reg. jur. (L. 17.) — §. 14. I. de usucap. (II. 6.) „. . . . . qui a fisco per venditionem vel donationem vel *alium titulum* aliquid accipiunt, ... " l. 24. C. de rei vindic. (III. 32.) l. 8. pr. C. de bon., quae liber. (VI. 61.) „. . . . . ex quocunque *titulo* sive donationis sive contractus alterius sibi acquirere . . . . . " l. 33. C. de donat. (VIII. 54.) Vgl. übrigens Hugo im Civil. Magaz. B. 4. Nr. 6.

b) Ulp. XIX. §. 17. — l. 14. D. de suis et legit. hered. (XXXVIII. 16.)

c) l. 1. pr. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) pr. I. de obligat., quae ex delict. nasc. (IV. 1.)

d) §. 20—23. I. de rer. divis. (II. 1.) tit. I. si quadrupes pauper. fec. dic. (IV. 9.)

e) *Hermog.* Cod. tit. 12. l. 1. „. . . . . bona, quae, cum moreretur *auctor* tuus, ejus fuerunt, ... " l. 175. §. 1. D. de regul. jur. „. . . . *auctor meus, a quo jus in me transit.*

f) l. 1. §. 13. D. quod legat. (XLIII. 3.) l. 3. §. 2. D. de itin. actuq. priv. (XLIII. 19.) — Gaj. II. §. 97. u. 98. — §. 6. I. per quas pers. nob. acquir. (II. 9.) pr. I. de acquis. per arrogat. (III. 10. ob. 11.) pr. I. de success. sublat. (III. 12. ob. 13.)

g) l. 59. D. de regul. jur. „Heredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat." l. 177. pr. D. eod. „Qui in jus dominiumve alterius succedit, jure ejus uti debet."

h) l. 54. D. eod. „Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet." l. 175. §. 1. D. eod. „Non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo jus in me transit."

i) l. 38. §. 17. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) „. . . . inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat, *quo sua interest;* ceterum ut alii detur, nihil interest mea . . . ." l. 11. D. de furt. (XLVII. 2.) l. 8. pr. u. l. 15. pr. D. de servitut. (VIII. 1.) — l. 61. D. de pact. (II. 14.) Vgl. jedoch l. ult. C. de pact. inter emt. et vend. (IV. 54.)

k) l. 35. D. de minor. (IV. 4.) l. 6. §. 4. u. l. 54. pr. D. mandat. (XVII. 1.) l. 36. D. de bon. libert. (XXXVIII. 2.)

l) l. 206. D. de regul. jur. (L. 17.) „Jure naturae aequum est, ne-

minem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem.“ Ueber eine Anwendung davon ſ. §. 92. Note e).

m) l. 134. §. 1. D. eod. „Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest.“ l. 10. §. 1. D. solut. matrim. (XXIV. 3.) l. 14. §. 3. in f. D. de furt. (XLVII. 2.)

Zuſatz. Ein bereits vollſtändig erworbenes Recht heißt bey den Neuern jus *praesens;* dagegen jus *futurum* ein ſolches Recht, deſſen Erwerb erſt noch zu erwarten ſteht. Indeſſen iſt auch ſchon dieſes, wenn nur ein juriſtiſcher Grund ſeiner künftigen Exiſtenz oder Wirkſamkeit bereits eingetreten iſt, in ſo fern von rechtlichem Einfluß, als es einen Anſpruch gewährt auf Anwendung gewiſſer Sicherungsmittel für den Fall der wirklichen Erwerbung. l. 13. §. 5. D. de pignor. (XX. 1.) l. 1. D. ut legat. servand. caus. cav. (XXXVI. 3.) l. 7. pr. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.)

§. 94.

Rechtserwerb durch Andere.

I. per quas personas nobis acquiritur (II. 9.) und
per quas personas nobis obligatio acquiritur (III. 28. od. 29.)
Tit. C. per quas personas nobis acquiratur. (IV. 27.)

In Anſehung der Frage, ob und in wiefern man durch andere Perſonen Rechte erwerben könne? galten im ältern Röm. Recht folgende zwey Grundſätze: 1) Wer sui juris iſt, erwirbt nicht blos durch ſich ſelbſt, ſondern auch durch diejenigen, welche er in der potestas, manus, oder im mancipium hat, ſo daß ihm Alles zufällt, was dieſe von ihm abhängigen Perſonen auf irgend eine Weiſe erwerben, da ſie ſelbſt eigenes Vermögen nicht haben können [a]). 2) Dagegen kann man durch freye Perſonen, welche man nicht in der potestas, manus, oder im mancipium hat, keine Rechte erwerben (per extraneam personam nihil acquiri posse) [b]). — Beyde Grundſätze erfuhren jedoch im Fortgange der Zeit bedeutende Modificationen, und zwar der Erſtere dadurch, daß man annahm, auch die alieno juri subjecti könnten eigenes Vermögen haben, und daß zu ihrem Gunſten die Möglichkeit des eigenen Erwerbs nach und nach auf immer mehr Fälle ausgedehnt wurde [c]). Abgeſehen von dergleichen Fällen aber, gilt auch im neuern Röm. Recht noch die Regel, daß man durch Perſonen, welche man in ſeiner Gewalt hat, alle Vermögensrechte direct erwerben

könne [d]). — Der zweite obige Grundsatz aber wurde hauptsächlich dadurch beschränkt, daß man nach einer Constitution von Septim. Severus den Besitz einer Sache, und dadurch auch das Eigenthum durch freye Stellvertreter erwerben kann [e]). Dagegen kann man das, dessen Erwerbung an civilrechtliche Formen gebunden ist, und überhaupt Forderungsrechte und Klagen aus eigentlichen Rechtsgeschäften, auch im neuern Röm. Recht durch freye Stellvertreter in der Regel nicht direct erwerben [f]). Sollen nun also Rechtsgeschäfte zur Begründung von Forderungsrechten durch einen freyen Stellvertreter abgeschlossen werden, so muß sie derselbe in seinem eigenen Namen eingehen [g]), und dann beziehen sich die daraus entspringenden directen Klagen in activer und passiver Hinsicht zunächst auf ihn, und können von und gegen den Geschäftsherrn nicht anders angestellt werden, als wenn sie ihm vom Geschäftsführer cedirt worden sind, oder sonst nur als analoge Klagen (utiles actiones) [h]). Doch erwirbt man alsdann durch die Handlungen eines Geschäftsführers Forderungsrechte und Klagen direct, wenn sie auf einem andern Wege, als durch ein eigentliches Rechtsgeschäft herbeygeführt werden, oder wenn es blos auf Erhaltung und Sicherung eines schon begründeten Rechts ankommt [i]). — Ueberhaupt aber hängt die Erwerbung eines Rechts durch einen Stellvertreter zunächst von der Fähigkeit desselben zur Eingehung des Geschäfts, seinem Willen und seiner Handlungsweise ab [k]); doch kommt außerdem auch die Person des Geschäftsherrn selbst in Betracht, wenn er das für ihn erworbene Recht selbst geltend machen will [l]), oder das Recht von der Art ist, daß zu dessen Begründung durchaus das eigene Wissen und Wollen des Geschäftsherrn erfordert wird [m]).

a) Gaj. II. §. 86 — 94. III. §. 163 — 167. Ulp. XIX. §. 18 — 21. — §. 1. I. h. t. (II. 9.) Vgl. auch §. 31. Note l).

b) Gaj. II. §. 95. — §. 5. I. eod.

c) §. 1. u. 2. I. eod. pr. I. h. t. (III. 28. od. 29.) tit. D. de castrensi pecul. (XLIX. 17.) idem tit. C. (XII. 37.) tit. C. de bonis, quae liberis etc. (VI. 61.) l. 37. C. de inoffic. testam. (III. 28.)

d) pr. §. 1. 3. u. 4. I. h. t. (II. 9.) pr. — §. 3. I. h. t. (III. 28. od. 29.) l. 10. u. 53. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) l. 38. §. 17. D. de verb. obligat. (XLV. 1.)

e) §. 5. I. h. t. (II. 9.) Paul. V. 2. §. 2. l. 13. l. 20. §. 2. u. l. 53. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) l. 1. C. h. t. l. 1. C. de acquir. possess. (VII. 32.)

f) Paul. V. 2. §. 2. §. 5. I. h. t. (II. 9.) l. 53. D. de acquir. rer. dom. l. 38. §. 17. l. 126. §. 2. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) l. 73. §. 4. D. de regul. jur. (L. 17.) l. 1. C. h. t. — Ausnahmen von dieſer Regel enthalten: l. 2. §. 4. u. l. 9. §. 8. D. de reb. cred. (XII. 1.) l. 126. §. 2. D. de verb. obligat. l. 2. C. h. t.

g) l. 11. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) l. 6. C. si quis alteri vel sibi. (IV. 50.)

h) l. 27. in f. u. l. 28. D. de procurator. (III. 3.) l. 8. §. ult. u. l. 10. §. 6. D. mandat. (XVII. 1.) l. 49. §. 2. D. de acquir. possess. (XLI. 2.)

i) l. 72. D. de procurat. (III. 3.) l. 24. §. 2. D. de usur. (XXII. 1.) l. 40. D. de solut. (XLVI. 3.)

k) l. 7. §. 13. D. de Public. in rem act. (VI. 2.) l. 5. pr. D. de tributor. act. (XIV. 4.) l. 12. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 16. §. 3. u. 4. u. l. 22. §. 5. D. de liberal. caus. (XL. 12.)

l) l. 4. §. 17. u. 18. D. de doli mal. except. (XLIV. 4.)

m) l. 2. §. 12. D. pro emtor. (XLI. 4.) l. 1. C. de acquir. posses. (VII. 32.)

§. 95.

Erhaltung und Sicherung der Rechte.

Zu den auf Erhaltung und Sicherung der Rechte abzweckenden Mitteln, welche eine allgemeine Beziehung haben, gehören folgende: 1) Die Proteſtation, (wofür im Röm. Recht der Ausdruck: *teſtatio contrariae voluntatis* [a]), gewöhnlicher aber die Zeitwörter: *teſtari*, *proteſtari*, auch *contrariam voluntatem conteſtari* [b]), vorkommen,) d. h. eine Erklärung, wodurch man ſich gegen ſchädliche Folgen oder nachtheilige Auslegung einer Aeußerung oder Handlung, ſey es einer eigenen oder einer fremden, verwahrt [c]); doch iſt ſie ohne Wirkſamkeit, wenn ſie darauf gerichtet iſt, daß eine Handlung oder Willenserklärung gewiſſe Folgen nicht haben ſolle, die doch nach ihrer Natur oder nach Rechtsbeſtimmungen nothwendig mit ihr verbunden ſind (ſog. protestatio facto contraria) [d]). 2) Die Reſervation, d. h. der ausdrückliche Vorbehalt gewiſſer Rechte, deren Aufgebung ſonſt bey einer Willenserklärung oder Rechtsübertragung anzunehmen wäre [e]). 3) Das

Retentionsrecht (retentio), d. h. das Recht, eine dem Andern herauszugebende Sache, in deren rechtmäßigem Besitz man sich befindet [f]), so lange zurückzubehalten, bis man wegen einer Forderung, welche in Beziehung auf diese Sache steht (debitum connexum*) [g]), befriedigt ist [h]). Zur Geltendmachung desselben giebt es jedoch keine Klage, sondern nur eine Einrede, (vgl. Zusatz zum §. 18. d. Einleit.), nämlich die exceptio doli, wodurch man die auf Herausgabe der Sache gerichtete Klage des Gegners zurückweisen kann, bis man wegen seines Gegenanspruchs Befriedigung erlangt hat [i]). 4) Die *cautio*, d. h. die Sicherheitsbestellung wegen Erfüllung einer Verbindlichkeit [k]). In Ansehung ihres Grundes ist sie entweder eine *voluntaria*, oder eine *necessaria*, je nachdem sie entweder auf dem freyen Willen des Bestellers, oder auf rechtlicher Nothwendigkeit beruht [l]). Die Letztere findet Statt, so oft für den Andern Gefahr, d. h. nicht hinreichende Sicherheit wegen der Erfüllung einer ihm schuldigen Leistung vorhanden ist [m]); doch soll Niemand ohne Noth mit einer Cautionsleistung beschwert werden [n]). Es sind nun aber die necessariae cautiones entweder *praetoriae*, d. h. solche, welche auf Befehl des Praetor, oder eines andern magistratus, z. B. des Aedilis, geleistet werden, oder *judiciales*, d. h. solche, welche auf Befehl des Richters, also im Verlaufe des Processes zu leisten sind, oder *communes*, d. h. solche, deren Bestellung sowohl ein magistratus, als der judex anbefehlen kann [o]). Die praetoriae cautiones (oder, wie sie nach der Form ihrer Bestellung auch heißen: praetoriae stipulationes,) sind wiederum in Ansehung ihres Zweckes entweder judiciales, oder cautionales, oder communes; *judiciales* nämlich, wenn sie darauf abzwecken, die Erfüllung des richterlichen Urtheils in einem Processe zu sichern, *cautionales* aber, wenn sie auf Begründung eines selbstständigen Anspruchs, oder einer neuen Klage gerichtet sind, *communes* endlich, wenn sie sowohl auf Unterstützung eines bereits anhängig gemachten Processes, als auf Begründung einer neuen Klage abzwecken [p]). Was nun die Art der Cautionsleistung selbst betrifft, so erfolgt sie entweder durch ein bloßes Versprechen in Stipulationsform (repromissio, nuda repromissio, oder promissio, bey den Neuern cautio promissoria) [q]), oder durch ein eidlich bekräftigtes

Verſprechen (juratoria cautio) [r]), oder durch Beſtellung von Bürgen (satisdatio im eigentlichen Sinne [s]), bey den Neuern cautio fidejussoria) [t]), oder durch Pfandbeſtellung (ſog. cautio pignoraticia) [u]), oder auch durch Niederlegung einer Summe Geldes vor Gericht, welche im Nothfall zur Befriedigung des Gläubigers dienen ſoll [v]). Die beyden erſtern Arten pflegt man auch Verbalcautionen, die letztern drey Arten dagegen Realcautionen zu nennen. — 5) Die *missio in bona* oder *in possessionem*, auch *in rem missio* genannt, d. h. eine ſolche obrigkeitliche Verfügung, wodurch Jemand aus einem rechtmäßigen Grunde, und zum Zweck der Sicherſtellung oder Realiſirung beſtimmter Rechte, in den Beſitz eines fremden Vermögens, oder einzelner Sachen eines Andern eingewieſen wird [x]). Dadurch erlangt indeſſen der Eingewieſene (missus) an jenen Sachen nicht den juriſtiſchen, ſondern nur den natürlichen Beſitz, jedoch zugleich mit dem Rechte und der Pflicht der custodia und observatio, d. h. zur Bewahrung und Verwaltung derſelben [y]), und außerdem auch ein prätoriſches Pfandrecht [z]). In Rückſicht ihres nächſten Grundes und Zweckes laſſen ſich die verſchiedenen Fälle der missio in possessionem (deren nähere Erörterung erſt bey den einzelnen Lehren, wohin ſie einſchlagen, erfolgen kann,) auf folgende vier Claſſen zurückführen: Sie geſchieht entweder *α) rei servandae causa*, d. h. zum Zweck der Sicherung oder Realiſirung eines Forderungsrechts, oder auch eines dinglichen Anſpruchs [aa]), oder *β) legatorum servandorum gratia*, d. h. zur Sicherung der erſt ſpäter fällig oder zahlbar werdenden Vermächtniſſe, oder *γ)* zum Behuf der Sicherung oder Realiſirung eines Erbrechts, (wovon die *missio ventris nomine* nur ein Beyſpiel iſt,) oder *δ) damni infecti nomine*, d. h. zur Sicherſtellung wegen eines vom benachbarten baufälligen Gebäude zu befürchtenden Schadens. Die Letztere erfolgt immer nur in eine einzelne Sache, nämlich in das baufällige Gebäude ſelbſt, während dagegen die übrigen Arten der missio regelmäßig die Geſammtheit eines Vermögens zum Gegenſtand haben [bb]).

a) l. 16. D. de SC. Macedon. (XIV. 6.)

b) l. 7. §. 3. D. de decurion. (L. 2.)

c) z. B. l. 34. D. de negot. gest. (III. 5.) l. 14. §. 7. in f. u. §. 8. D. de religios. (XI. 7.) l. 20. §. 1. D. de acquir. hered. (XXIX. 2.)

d) z. B. l. 14. D. de Public. in rem act. (VI. 2.)

e) z. B. l. 77. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 4. §. 1. D. quib. mod. pign. solv. (XX. 6.)

f) arg. l. 25. D. de pignor. (XX. 1.) l. 1. C. unde vi. (VIII. 4.)

g) Dieß iſt wenigſtens in der Regel als Erforderniß des Retentionsrechts anzuſehen. l. 50. §. 1. D. de hered. petit. (V. 3.) l. 27. §. 5. u. l. 48. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 8. pr. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 2. pr. D. de lege Rhod. (XIV. 2.) u. ſ. w. Eine Ausnahme enthält jedoch l. un. C. etiam ob chirograph. pec. (VIII. 27.)

h) l. 1. pr. D. de pignor. (XX. 1.)

i) §. 30. u. 32 — 34. I. de rer. divis. (II. 1.) l. 19. §. 2. D. de hered. petit. (V. 3.) l. 23. §. 4. l. 27. §. 5. u. l. 48. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 4. §. 9. u. l. 14. D. de dol. mal. except. (XLIV. 4.)

k) Im allgemeinen Sinne bezeichnet *cautio* jede Sicherheit, l. 25. D. de regul. jur. (L. 17.), und jedes zur Sicherſtellung gegen einen zu beſorgenden Nachtheil dienendes Mittel, l. 1. §. 4. D. de stipulat. praetor. (XLVI. 5.) „Et sciendum est, omnes stipulationes natura sui *cautionales* esse; hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis *cautior* sit et *securior* interposita stipulatione," — und wird daher auch auf Urkunden bezogen, welche zum Beweis einer vorhandenen oder wieder aufgehobenen Verbindlichkeit dienen, alſo theils auf Schuldſcheine, theils auf Quittungen. Vgl. §. 87. Note v) u. y).

l) l. 7. §. 1. D. qui satisdar. cog. (II. 8.)

m) l. 41. D. de judic. (V. 1.) l. 38. pr. D. pro socio. (XVII. 2.) l. 18. §. 1. D. de perio. et comm. rei vendit. (XVIII. 6.) l. 19. D. de legat. III. (XXXII.)

n) l. 14. §. 1. D. ut legat. servand. caus. (XXXVI. 3.) l. 3. §. 1. D. ut in possess. legat. (XXXVI. 4.) l. 1. §. 9. D. de stipulat. praetor. (XLVI. 5.)

o) pr. §. 1. 2. 4. I. de divis. stipulat. (III. 18. ob. 19.) „Stipulationum aliae judiciales sunt, aliae praetoriae, ... aliae communes, tam praetoriae, quam judiciales. *Judiciales* sunt duntaxat, quae a mero judicis officio proficiscuntur: veluti de dolo cautio, vel de persequendo servo, qui in fuga est, restituendove pretio. *Praetoriae*, quae a mero Praetoris officio proficiscuntur, veluti damni infecti, vel legatorum. *Praetorias* autem stipulationes sic exaudiri oportet, ut in his contineantur etiam *aedilitiae;* nam et hae ab jurisdictione veniunt. . . . . *Communes* sunt stipulationes, veluti rem salvam fore pupilli; nam et Praetor jubet, rem salvam fore pupillo caveri, et interdum judex, si aliter expediri haec res non potest; vel de rato stipulatio." l. 5. pr. D. de verb. obligat. (XLV. 1.)

p) l. 1. pr. — §. 3. D. de stipulat. praetor. (XLVI. 5.) „Praetoria-

rum stipulationum tres videntur esse species, judiciales, cautionales, communes. *Judiciales* eas dicimus, quae propter judicium interponuntur, ut ratum fiat, ut judicatum solvi, et ex operis novi nuntiatione. *Cautionales* sunt autem, quae instar actionis habent, et ut sit nova actio, intercedunt, ut de legatis stipulationes, et de tutela, et ratam rem haberi, et damni infecti. *Communes* sunt stipulationes, quae fiunt judicio sistendi causa.“

q) l. 1. §. 5. D. eod. „Stipulationum istarum praetoriarum quaedam sunt, quae satisdationem exigunt, quaedam *nudam repromissionem;* sed perpaucae sunt, quae nudam repromissionem habent; . . . .“ l. 2. §. 3. D. quod legat. (XLIII. 3.)

r) §. 2. I. de satisdat. (IV. 11.) l. 3. §. 3. in f. C. de privileg. schol. (XII. 30.)

s) Im weitern Sinne wird dieſes Wort bisweilen eben ſo gut auf eine durch Pfänder, als durch Bürgen beſtellte Caution, ja auch ſogar auf die bloße repromissio bezogen, l. 1. §. 9. D. de collat. (XXXVII. 6.) l. 61. D. de verb. signif. (L. 16.); daher auch in der l. 28. §. 1. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.) die Caution durch Bürgen ſpeciell *fidejussorum satisdatio* genannt wird. — Unter dem Ausdruck: *idonea cautio*, wird vorzugsweiſe die Cautionsbeſtellung durch Bürgen oder durch Pfänder verſtanden. l. 59. §. 6. D. mandat. (XVII. 1.)

t) l. 1. D. qui satisd. cog. (II. 8.) „. . . . *satisdare* dicimur adversario nostro, qui pro eo, quod a nobis petiit, ita cavit (al. *cavemus*), ut eum hoc nomine securum faciamus *datis fidejussoribus.*“ l. 7. D. de stipulat. praetor. (XLVI. 5.)

u) l. 7. D. cit. l. 1. §. 9. D. de collat. (XXXVII. 6.)

v) l. 7. D. de stipulat. praetor.

x) Vgl. tit. D. quib. ex caus. in possess. eat. (XLII. 4.)

y) l. 12. D. tit. cit.

z) l. 26. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 3. §. 1. D. de reb. eor., qui sub tutel. (XXVII. 9.) tit. C. de praetor. pign. (VIII. 22.)

aa) Dahin gehören mehrere Fälle, z. B. wenn der Beklagte, der geleiſteten Caution ungeachtet, ſich vor Gericht nicht ſtellt, und von Niemandem vertreten wird, l. 2. D. quib. ex caus. in possess. eat. (XLII. 4.), desgleichen wenn ein Schuldner ſich in betrügeriſcher Abſicht gegen ſeine Gläubiger verſteckt hält, oder wenn er aus einem andern Grunde nicht vor die Obrigkeit gefordert werden kann, und von Niemandem vertreten wird, l. 5. l. 6. §. 2. l. 7. §. 1 — 19. u. l. 13. D. eod. l. 9. D. de in jus voc. (II. 4.) l. 21. §. 2. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.) u. ſ. w.

bb) l. 1. D. quib. ex caus. in possess. eat. „. . . . . Tres fere causae sunt, ex quibus in possessionem mitti solet: *rei servandae causa*, item *legatorum servandorum gratia*, et *ventris nomine; damni enim infecti nomine*, si non caveatur, non in universorum nomine fit missio, sed rei tantum, de qua damnum metuetur.“

§. 96.

Erlöschung der Rechte. — 1) Freywillige Erlöschungsgründe.

Tit. I. quibus alienare licet, vel non. (II. 8.)

Der allgemeine Satz, daß Alles eben so wieder aufhöre, wie es entstanden ist [a]), ist zwar auch auf Rechtsverhältnisse anwendbar, reicht jedoch nicht hin, um daraus die verschiedenen Erlöschungsgründe der Rechte zu erklären. Diese sind nämlich überhaupt von doppelter Art: entweder freywillige, oder nothwendige, je nachdem sie mit dem Willen des Berechtigten oder ohne denselben eintreten. — Die freywillige Aufgebung eines Rechts kann man im Allgemeinen Verzichtleistung oder Entsagung oder Veräußerung eines Rechts nennen; doch unterscheidet man gewöhnlich die Verzichtleistung im engern Sinne (sog. renunciatio, oder repudiatio [b])) von der Uebertragung eines Rechts oder der Veräußerung im engern Sinne (alienatio). Die Verzichtleistung im engern Sinne besteht nämlich darin, daß man ein Recht freywillig aufgiebt, ohne es jedoch auf einen Andern zu übertragen; was auch stillschweigends geschehen kann, z. B. dadurch, daß man Etwas gestattet, was die fernere Ausübung des bisherigen Rechts unmöglich macht [c]). Abgesehen theils von solchen Rechten, welche der freyen Verfügung des Berechtigten überhaupt nicht unterworfen sind, wohin z. B. auch Zustandsrechte, wenigstens in gewisser Hinsicht, gehören (§. 30. Zus.), theils von solchen Fällen, wo die Verzichtleistung darum unstatthaft ist, weil sie entweder einem absolut gebietenden oder verbietenden Gesetz (§. 72.), oder den Rechten Anderer widerstreitet [d]), oder auf Beförderung einer Immoralität hinauskommen würde [e]), gilt im Allgemeinen die Regel, daß Jeder auf sein Recht, mag er es bereits erworben haben, oder doch erwerben können [f]), Verzicht leisten dürfe (*quilibet juri pro se introducto renunciare potest*) [g]); doch ist zur Gültigkeit einer Verzichtleistung in der Person des Berechtigten nicht nur rechtliche Dispositionsfreyheit überhaupt (§. 73.), sondern insbesondere auch Kenntniß von dem Gegenstande der Verzichtleistung erforderlich [h]). Auch ist ein Verzicht nach dem strengsten Wortverstande, oder so wenig umfassend wie möglich, zu erklären [i]),

und daher auch auf solche Rechte nicht zu beziehen, die erst nachher bekannt werden, oder an die der Verzichtende nicht gedacht hat, gesetzt auch, daß er seine Verzichtleistung ganz generell ausgedrückt hätte [k]). Im Uebrigen aber findet die willkührliche Zurücknahme eines gültigerweise erfolgten Verzichts in der Regel nicht Statt (*ad jura renunciata non datur regressus*) [l]). — *Alienatio* bezeichnet im weitesten Sinne jede positive oder negative Handlung, wodurch man ein Recht aufgiebt. Sie findet mithin nicht blos bey der Veräußerung des Eigenthums Statt, sondern auch bey der Einräumung eines andern dinglichen Rechts, so wie auch dann, wenn man sein Recht durch Nichtgebrauch verloren gehen läßt [m]). Von der Ausschlagung eines Gewinnes aber, den man hätte machen können, wird dieß Wort nicht gebraucht [n]), und eben so wenig von der Aufgebung des bloßen Besitzes [o]). In der gewöhnlichen und hierher gehörigen Bedeutung aber heißt *alienatio* die freywillige Uebertragung eines Rechts auf einen Andern, und im engsten Sinne die Uebertragung des Eigenthums [p]). Wird nun ein Recht in derselben Form, in welcher es bisher dem Veräußernden selbst, oder dem, in dessen Namen die Veräußerung geschieht, zustand, auf einen Andern übergetragen, wie namentlich das Eigenthumsrecht, so nennen die Neuern eine solche Rechtsübertragung alienatio *translativa*, hingegen *constitutiva* alsdann, wenn das Recht, dessen man sich entäußert, bey dem Erwerber in einer ganz andern Natur oder Form erscheint, als vor der Veräußerung, wie dieß der Fall ist z. B. bey der Einräumung einer Servitut oder eines Pfandrechts, indem diese jetzt für sich bestehenden Rechte an einer fremden Sache vorher, ehe sie als solche existirten, in dem dem Veräußerer zuständigen Eigenthumsrechte, als Bestandtheile desselben, begriffen waren. Solche Rechte nun, bey denen keine Verzichtleistung Statt findet, sind natürlich auch von der Uebertragung auf Andere ausgeschlossen, und außerdem auch solche, welche man höchst persönliche Rechte zu nennen pflegt (vgl. §. 89. Note c)). Sonst aber steht es in der Regel Jedem, der überhaupt dispositionsfähig ist (§. 73.), frey, seine Sachen oder Rechte zu veräußern, dafern nicht ein besonderes Veräußerungsverbot entgegensteht [q]), welches entweder in einer gesetzlichen Vorschrift [r]), oder in einer obrigkeitlichen Anordnung [s]), oder

in einer letztwilligen Verfügung, oder in einem Vertrage seinen Grund haben kann [t]). Auf der andern Seite kann bisweilen auch ein Nichteigenthümer eine fremde Sache unter gewissen Voraussetzungen gültig veräußern, z. B. der Pfandgläubiger die ihm verpfändete Sache, wenn er vom Schuldner nicht befriedigt wird [u]). In keinem Falle aber kann durch eine Veräußerung mehr Recht auf den Erwerber übergehen, als der bisherige Berechtigte hatte [v]).

a) l. 35. D. de regul. jur. (L. 17.) „Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est; . . . . .“

b) l. 26. C. de fideicommiss. (VI, 42.)

c) l. 8. pr. D. quemadm. servit. amitt. (VII. 6.)

d) l. 34. pr. D. de serv. praed. rust. (VIII. 3.)

e) l. 27. §. 3. u. 4. D. de pact. (II. 14.) „Pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda, veluti si paciscar, *ne furti agam vel injuriarum, si feceris;* expedit enim timere furti vel injuriarum poenam. Sed post admissa haec pacisci possumus. . . .“ l. 1. §. 7. D. depos. (XVI. 3.) „Illud non probabis, dolum non esse praestandum, si convenerit; nam haec conventio *contra bonam fidem, contraque bonos mores est*, et ideo nec sequenda est.“ l. 17. pr. D. commodat. (XIII. 6.) l. 23. D. de regul. jur.

f) l. 174. §. 1. D. eod. „Quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest.“

g) l. 41. D. de minor. (IV. 4.) l. 51. C. de episc. (I. 3.) l. 29. C. de pact. (II. 3.) „. . . . cum . . . . sit regula juris antiqui: *omnes licentiam habere, his, quae pro se introducta sunt,* renunciare. . . .“

h) l. 19. D. de inoffic. testam. (V. 2.) l. 22. §. 2. C. de furt. (VI. 2.)

i) arg. l. 21. C. ad SC. Vellej. (IV. 29.)

k) l. 3. §. 1. l. 5. u. l. 9. §. 1. u. 3. D. de transact. (II. 15.) — Zuweilen müssen sogar die Rechte, worauf man verzichtet, speciell angegeben werden. l. 4. §. 4. D. si quis caut. in jud. sist. (II. 11.)

l) l. 14. §. 9. D. de aedilic. edict. (XXI. 1.) l. 4. C. de pact. (II. 3.) l. 11. C. de reb. cred. (IV. 1.)

m) l. 28. pr. D. de verb. signif. (L. 16.) „*Alienationis* verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit, seu itutes. . . . .“ l. ult. C. de reb. alien. non alienand. (IV. 51.) Vgl. Note t).

n) l. 28. pr. D. cit. „. . . . Qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare, veluti qui hereditatem omittit, aut op-

tionem intra certum tempus datam non amplectitur.“ l. 6. §. 2. D. quae in fraud. creditor. (XLII. 8.)

o) l. 119. D. de regul. jur. „Non alienat, qui duntaxat omittit possessionem.“ l. 4. §. 1. D. de alienat. judic. mut. caus. (IV. 7.) Dagegen wird das Wort *alienare* bisweilen auch auf den Verkauf einer fremden Sache bezogen. l. 8. §. 2. D. eod.

p) l. 1. C. de fund. dot. (V. 23.) „. . . . . Est autem *alienatio* omnis actus, per quem dominium transfertur.“ Bey Cic. Top. c. 5. in f. wird der Ausdruck *abalienatio* nur auf die Uebertragung des ſtreng-Römiſchen (Quiritariſchen) Eigenthums bezogen.

q) Gaj. II. §. 62. pr. I. h. t. „Accidit aliquando, ut, qui dominus sit, alienare non possit, ...“

r) Dahin gehört z. B. das aus der Lex Julia (de fundo dotali) herrührende, und von Juſtinian erweiterte Veräußerungsverbot der Dotalgrundſtücke. Gaj. II. § 63. pr. I. h. t. l. 4. D. de fund. dot. (XXIII. 5.) l. un. §. 15. C. de rei uxor. act. (V. 13.)

s) l. 12. D. de usurpat. (XLI. 3.)

t) l. ult. C. de reb. alien. non alienand. (IV 51.) „Sancimus: sive lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit: non solum dominii alienationem, vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam ususfructus dationem, vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi. Similique modo et servitutes minime imponi, nec emphyteuseos contractum, nisi in his tantummodo casibus, in quibus constitutionum auctoritas, vel testatoris voluntas, vel pactionum tenor, qui alienationem interdixit, aliquid tale fieri permiserit.“

u) Gaj. II. §. 62. u. 64. pr. I. h. t. „Accidit aliquando, ut, *qui dominus non sit, alienandae rei potestatem habeat.*“ §. 1. I. eod. l. 46. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.)

v) l. 54. D. de regul. jur. Vgl. §. 93. Note h).

Zuſatz. Auf die Rechtsübertragung bezieht ſich auch das Wort: *cessio*. Im ältern Röm. Recht hieß die feyerliche Rechtsübertragung vor einer Obrigkeit: *in jure cessio*, und war eine legis actio. (§. 69.) Gaj. II. §. 24. Ulp. XIX. §. 9. sqq. Aber auch im neuern Röm. Recht kommt der Ausdruck *cessio* vor in Bezug auf die Uebertragung von Forderungsrechten und Klagen, l. 76. D. de solut. (XLVI. 3.), die Einräumung von Servituten, l. 9. pr. u. §. 2. u. l. 17. pr. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.), und die Abtretung des Vermögens an die Gläubiger. tit. D. de cessione bonor. (XLII. 3.)

§. 97.

2) Nothwendige Erlöſchungsgründe.

Zu den nothwendigen Erlöſchungsgründen der Rechte, die theils auf alle, theils wenigſtens auf mehrere Arten der Rechts-

verhältnisse anwendbar sind, gehören folgende: 1) Der Wegfall ihres Grundes oder Gegenstandes, oder einer nothwendigen Voraussetzung derselben [a]). Daher erlöschen Zustandsrechte durch eine Veränderung des persönlichen Zustandes, durch welchen sie bedingt sind [b]), dingliche Rechte durch den Untergang der Sache, auf welche sie sich beziehen [c]), Forderungsrechte durch Zahlung, oder was dieser gleich gilt [d]), so wie auch durch die ohne Verschulden des Verpflichteten eingetretene Unmöglichkeit der Leistung [e]), höchstpersönliche Rechte durch den Tod des Berechtigten [f]), Nebenrechte durch den Untergang des Hauptrechts, worauf sie sich beziehen [g]). 2) Der Eintritt eines Endtermines oder einer Resolutivbedingung [h]). 3) Die *confusio*. Diese findet nämlich als Erlöschungsgrund der Rechte allemal dann Statt, wenn Recht und Verbindlichkeit in Einer Person zusammentreffen [i]), ingleichen wenn die bisher fremde Sache, an welcher Jemand ein Recht hatte, in das Eigenthum desselben übergeht [k]). 4) Wenn der, welcher einem Andern ein Recht an einer Sache einräumte, vom Anfange an nur ein temporäres oder widerrufliches Recht an derselben hatte, und dieses aufhört, als wodurch auch die inmittelst an der Sache bestellten Rechte erlöschen (*resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum*) [l]). 5) Wenn der Ertheiler eines Rechts von seiner Befugniß zum Widerruf, die ihm entweder vermöge ausdrücklichen Vorbehalts [m]), oder wegen späterhin eingetretener, besonderer Gründe zukommen kann [n]), Gebrauch macht. 6) Wenn ein nach der Rechtsstrenge zwar begründetes und noch fortbestehendes Recht durch eine aus Rücksichten der Billigkeit dem Verpflichteten gegebene Einrede aufgehoben wird [o]). 7) Wenn ein Recht durch Nichtgebrauch oder Verjährung (§. 98.) verloren geht; was jedoch nur da angenommen werden darf, wo es ausdrücklich so bestimmt ist [p]). 8) Wenn Jemandem ein Recht entzogen wird entweder wegen Mißbrauchs desselben, (welcher Erlöschungsgrund jedoch nur auf gewisse Rechte anwendbar ist [q]),) oder in Folge anderer unerlaubter Handlungen, z. B. bey der Vermögensconfiscation [r]), oder durch obrigkeitliche Verfügung, z. B. bey der Hülfsvollstreckung [s]). — Uebrigens kann auch ein bereits verlorenes Recht wiederhergestellt werden, und zwar nicht blos durch eine darauf gerichtete Willenshandlung der Interessenten, in welchem Falle

jedoch in der Regel alles das beobachtet werden muß, was zur erſten Begründung dieſes Rechts nothwendig war [t]), ſondern auch bisweilen durch obrigkeitliche Hülfe, z. B. durch in integrum restitutio [u]), oder auch durch eine eingetretene Aenderung der Umſtände [v]), wohin namentlich auch das *postliminium* gehört, d. h. die Befreyung einer Perſon oder Sache aus der feindlichen Gewalt, in der ſie ſich bisher befand [x]).

a) §. 2. in f. I. de inutil. stipulat. (III. 19. od. 20.) l. 98. pr. u. l. 136. §. 1. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) Vgl. auch §. 84. Note e).

b) Z. B. Gaj. I. §. 128. 158. u. 163. — §. 3. I. de legit. agnat. tutel. (I. 15.) §. 6. I. de cap. minut. (I. 16.)

c) l. 5. §. 2. u. l. 23. D. quib. mod. usufr. amitt. (VII. 4.) l. 8. pr. D. quib. mod. pign. solv. (XX. 6.)

d) pr. I. quib. mod. obligat. toll. (III. 29. od. 30.) l. 4. u. 14. pr. C. de compensat. (IV. 31.) l. 9. C. de solut. (VIII. 43.)

e) §. 16. I. de legat. (II. 20.) §. 2. in f. I. de inutil. stipulat. (III. 19. od. 20.) l. 92. pr. D. de solut. (XLVI. 3.)

f) §. 3. I. de usufr. (II. 4.) l. 1. §. 43. D. de aqua quotid. (XLIII. 20.) l. 196. D. de regul. jur. (L. 17.) l. 13. C. de excusat. mun. (X. 47.)

g) pr. I. quib. mod. obligat. toll. (III. 29. od. 30.) l. 6. pr. D. quib. mod. pign. solv. (XX. 6.) l. 43. D. de solut. (XLVI. 3.)

h) l. 2. pr. D. de in diem addict. (XVIII. 2.) l. 1. D. de lege commiss. (XVIII. 3.) l. 6. pr. D. quib. mod. pign. solv. (XX. 6.) l. 44. §. 1. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.)

i) l. 2. §. 18. D. de hered. vel act. vend. (XVIII. 4.) l. 71. pr. D. de fidejuss. (XLVI. 1.) l. 75. u. 95. §. 2. D. de solut. (XLVI. 3.)

k) l. 18. D. de servitut. (VIII. 1.) l. 30. pr. D. de servit. praed. urb. (VIII. 2.) l. 6. D. de manumiss. test. (XL. 4.)

l) l. 11. §. 1. D. quemadm. servit. amitt. (VIII. 6.) l. 4. §. 3. D. de in diem addict. (XVIII. 2.) l. 3. D. quib. mod. pign. solv. (XX. 6.) l. 3. §. 3. C. commun. de legat. (VI. 43.)

m) l. 3. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 1. pr. u. §. 2. D. de precar. (XLIII. 26.)

n) So können z. B. Schenkungen aus verſchiedenen, erſt ſpäter eintretenden Gründen widerrufen werden. l. 8. u. 10. C. de revoc. donat. (VIII. 56.) Auch gehören hierher die Fälle, wo wegen nicht erfüllten modus auf Rückgabe des Gegebenen geklagt werden kann. l. 1. C. de donat. quae sub modo. (VIII. 55.) Vgl. §. 83. Note i).

o) Gaj. IV. §. 116., pr. — §. 5. I. de except. (IV. 13.) Streng genommen gehören hierher auch die Fälle, wo einem civilrechtlichen Geſchäft

ein Endtermin beygefügt iſt, indem dieſer zwar nach der Strenge des Rechts nicht gilt, aber doch dem Verpflichteten eine Einrede gewährt. l. 4. pr. D. de servitut. (VIII. 1.) l. 44. §. 1. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) Vgl. §. 82. Note k).

p) Dieß iſt der Fall bey den meiſten Servituten, l. 25. D. quib. mod. usufr. amitt. (VII. 4.) l. 6. D. de servitut. praed. urb. (VIII. 2.), und im neuern Röm. Recht bey allen Klagen. tit. C. de praescript. XXX. vel XL. ann. (VII. 39.) Auf Privilegien iſt dieſer Erlöſchungsgrund in der Regel nicht anwendbar, l. 2. pr. D. de veteran. (XLIX. 18.) l. 12. C. de excusat. tut. (V. 62.) l. 2. C. de his, qui sponte publ. mun. sub. (X. 43.), mit Ausnahme des Jahrmarktsprivilegiums (nundinae), als welches durch bloßen Nichtgebrauch in 10 Jahren erliſcht. l. 1. D. de nundin. (L. 11.)

q) Namentlich auf Privilegien, l. 3. C. de aquaeduct. (XI. 42.), und auf die emphyteusis. Nov. 120. c. 8.

r) l. 1. pr. D. de bon. damnat. (XLVIII. 20.) l. 4. D. de interdict. et relegat. (XLVIII. 22.) l. 8. C. de poen. (IX. 47.)

s) l. 15. §. 23. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) l. 31. D. de re judic. (XLII. 1.)

t) l. 27. §. 2. D. de pact. (II. 14.) l. 10. §. 9. D. de in rem vers. (XV. 3.) l. 98. §. 8. D. de solut. (XLVI. 3.)

u) Paul. I. 7. §. 1. 2. u. 4. l. 1. 2. 3. u. 5. D. de in integr. restitut. (IV. 1.)

v) Z. B. l. 20. §. 2. D. de servitut. praed. urb. (VIII. 2.) l. 14. pr. D. quemadm. servit. amitt. (VIII. 6.)

x) l. 19. pr. D. de captiv. (XLIX. 15.) „*Postliminium* est jus amissae rei recipiendae ab extraneo, et in statum pristinum restituendae, inter nos ac liberos populos regesque moribus, legibus constitutum. Nam quod bello amisimus, aut etiam citra bellum, hoc si rursus recipiamus, dicimur postliminio recipere. Idque naturali aequitate introductum est, ut, qui per injuriam ab extraneis detinebatur, is, ubi in fines suos rediisset, pristinum jus suum reciperet.“ l. 14. pr. D. eod. „Cum duae species postliminii sint, ut aut nos revertamur, aut aliquid recipiamus, ...“ Wenn nämlich Jemand aus der feindlichen Gefangenſchaft, während welcher er Sclave der Feinde war, in ſein Vaterland oder in einen befreundeten Staat zurückkehrt, ſo erlangt er dadurch alle ſeine vorigen Rechte wieder, gleichſam als ob er von dem Staate, dem er angehört, gar nicht entfernt geweſen wäre (ſog. postliminium personarum) l. 5. §. 1. u. 2. l. 16. l. 19. §. 3. D. eod. Gaj. I. §. 129. u. §. 5. I. quib. mod. jus potest. solv. (I. 12.) Eben ſo fallen manche erbeutete Sachen, wenn ſie aus den Händen des Feindes wieder befreit werden, an ihren vorigen Eigenthümer zurück, gleichſam als ob ſie ihm gar nicht entfremdet geweſen wären (ſog. postliminium rerum) l. 2. 3. l. 19. pr. l. 20. §. 1. u. l. 30. D. de captiv. — Uebrigens waren nach Cic. Top. c. 8. über

die Ableitung des Wortes *postliminium* die alten Juristen verschiedener Meinung. Servius glaubte nämlich, daß alle Bedeutung dieses Wortes in der Sylbe *post* liege, und *liminium* nichts als eine grammatische Verlängerung sey, wie bey *finitimum* und ähnlichen Worten. Scaevola dagegen war der Ansicht, daß jenes Wort aus *post* und *limen* zusammengesetzt sey, weil das Wesen des postliminium darin bestehe, daß das in feindliche Gewalt Gerathene nachher (post) zu demselben Grenzpunkt (limen), dem es vorher entrückt worden sey, zurückkomme; und diese letztere Erklärung ist auch bey Boëthius zu jener Stelle Cicero's, Paulus Diac. v. *postliminium*, und im §. 5. I. cit. angenommen.

§. 98.

Von der Verjährung, als einem Erwerbs- und Erlöschungsgrunde der Rechte, im Allgemeinen [a]).

Verjährung überhaupt (sog. *praescriptio* in diesem Sinne) heißt die Rechtsveränderung, welche durch den eine Zeitlang fortgesetzten Gebrauch oder Nichtgebrauch eines Rechts erfolgt, und in dem Erwerbe oder Verluste desselben besteht. Hinsichtlich ihrer Wirkung ist also die Verjährung entweder eine erwerbende (praescriptio *acquisitiva**, Ersitzung), oder eine aufhebende (auch erlöschende oder löschende genannt, praesc. *exstincliva**), je nachdem nämlich ein Recht durch den eine Zeitlang fortgesetzten Gebrauch desselben erworben wird, oder durch den eine Zeitlang fortgesetzten Nichtgebrauch verloren geht [b]). In Ansehung der Zeitdauer theilt man die Verjährung ein in die bestimmte (pr. *definita**), d. h. deren Dauer fest begrenzt ist, und die unbestimmte oder unveränderliche (pr. *indefinita** oder *immemorialis**), d. h. deren Anfang über Menschengedenken hinausreicht, und die Erstere wiederum in die ordentliche (pr. *ordinaria**) und die außerordentliche (pr. *extraordinaria**), je nachdem zu ihrer Vollendung der gewöhnliche Zeitraum hinreicht, oder ein längerer, als der gewöhnliche, erforderlich ist. — Im Röm. Recht findet sich jedoch kein allgemeiner Name für die Verjährung überhaupt, sondern es werden vielmehr die einzelnen, nach und nach aufgekommenen Arten derselben mit speciellen Namen bezeichnet. Die älteste Art ist die im Civilrecht begründete *usucapio* (in den zwölf Tafeln *usus* et *auctoritas* oder zusammengezogen *usus auctoritas* genannt [c])), welche hauptsächlich als Ersitzung

des Eigenthums vorkommt [d]), daneben aber auch als befreyende Verjährung von bisher beſtandenen Rechten, namentlich von Gebäudeſervituten, mithin als eine usucapio der libertas servitutum [e]). Außerdem findet ſich auch ſchon im ältern Civilrecht eine erlöſchende Verjährung der Servituten durch den bloßen Nichtgebrauch derſelben (non utendo) [f]). Neben der usucapio aber, und zur Ergänzung und Erweiterung derſelben, bildete ſich allmählig, wahrſcheinlich unter dem Einfluſſe des prätoriſchen Rechts, und ſpäterhin durch kaiſerliche Conſtitutionen, eine andere Art der Verjährung aus, welche mit den Ausdrücken: *longi temporis praescriptio* (a. u.) [g]), oder *longi temp. possessio* [h]), bezeichnet wird, bisweilen auch *longae possessionis praescriptio* (a. u.), oder *praescriptio diutinae possessionis*, oder *diuturni silentii praescriptio*, oder auch *longa praescriptio* oder *longa possessio* ſchlechthin heißt [i]). — Ferner kommen ſchon im ältern Recht in Bezug auf ſolche Klagen, welche binnen einer beſtimmten Zeit angeſtellt werden mußten, *temporales praescriptiones* (d. h. Einreden des Beklagten, daß die für die Anſtellung der Klage beſtimmte Zeit abgelaufen, und alſo die Klage erloſchen ſey,) vor [k]), und im neuern Röm. Recht wurde durch Conſtitutionen chriſtlicher Kaiſer zur Erlöſchung der Klagen überhaupt die *praescriptio triginta* und *quadraginta annorum* (auch *longaeva possessionis praescriptio* [l]), bey den Neuern gewöhnlich *praescriptio longissimi temporis* genannt,) eingeführt [m]). Neben der Eigenſchaft einer aufhebenden Verjährung hat aber die praescriptio XXX. vel XL. annor. unter gewiſſen Vorausſetzungen auch die Natur und Wirkung einer erwerbenden Verjährung [n]). — Die Neuern brauchen nun für alle dieſe verſchiedenen Arten der Verjährung zuſammen, freylich ſchon nach dem Vorgang des canoniſchen Rechts, aber abweichend vom Röm. Sprachgebrauch [o]), das Wort *praescriptio* ſchlechthin; weßhalb man auch den, zu deſſen Vortheil eine Verjährung läuft, den Präſcribenten zu nennen pflegt. — Uebrigens iſt die Verjährung um des allgemeinen Beſten willen eingeführt worden, damit nämlich Feſtigkeit und Sicherheit der Rechtsverhältniſſe dadurch begründet, und allem Streite endlich einmal ein Ziel geſetzt werde [p]); woneben bey der aufhebenden Verjährung der Klagen auch die Nachläſſigkeit und Saumſeligkeit des Berechtigten in

Bezug auf die gerichtliche Geltendmachung ſeines Rechts berückſichtigt wird q). Es darf jedoch die Verjährung, als ein rein poſitiv-rechtliches Inſtitut, nur in denjenigen Fällen angenommen werden, für welche ſie im Rechte eingeführt oder ausdrücklich anerkannt iſt r).

a) Das Hauptwerk hierüber iſt: Unterholzner's ausführliche Entwickelung der geſammten Verjährungslehre ꝛc. B. 1. u. 2. Leipz. 1828.

b) Die erwerbende Verjährung pflegt man herum in die translative und die conſtitutive (in dem nämlichen ...e, wie man dieſe Ausdrücke in Bezug auf die alienatio braucht, vgl. §. 96.) einzutheilen, je nachdem nämlich durch ſie ein Recht entweder in der nämlichen Form, in welcher es dem bisherigen Berechtigten zuſtand, auf den Erſitzenden übergeht, oder in einer neuen Form, in der es bisher noch nicht vorhanden war, begründet wird. Von der aufhebenden Verjährung nimmt Unterholzner i. a. W. §. 2. folgende drey Unterarten an: die rein entziehende, die befreiende und die befeſtigende Verjährung.

c) Cic. pro Caecina c. 19. u. Top. c. 4.

d) Gaj. II. §. 41. sqq. Ulp. XIX. §. 8. tit. I. de usucap. (II. 6.) l. 3. D. de usurpat. et usucap. (XLI. 3.)

e) l. 4. §. 29. D. eod. l. 18. §. 2. D. quemadm. servit. amitt. (VIII. 6.) l. 6. u. 7. D. de servitut. praed. urb. (VIII. 2.)

f) Eine Zeit lang war die usucapio auch als erwerbende Verjährung der Servituten angenommen, arg. l. 4. §. 29. D. cit. l. 6. D. cit. l. 25. u. 28. D. quib. mod. usufr. amitt. (VII. 4.)

g) Paul. V. 1. §. 3. tit. C. de praescript. longi temp. (VII. 33.) In dieſer Verbindung bedeutet nämlich praescriptio, wie auch ſonſt öfters, ſo viel als: exceptio, (vgl. Brisson. v. *praescriptio*,) und es heißt alſo longi temp. praescriptio eigentlich die von der Länge der Zeit (während welcher man nämlich eine Sache beſeſſen, oder ein Recht ausgeübt hat,) hergenommene Einrede gegen die Klage eines Andern.

h) l. 7. C. eod. pr. I. de usucap. et longi temp. possess. (II. 6.)

i) l. 76. §. 1. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 3. 9. u. 12. D. de divers. temporal. praescript. (XLIV. 3.) l. 1. C. de commun. rer. alienat. (IV. 52.) — Paul. V. 5A. §. 8. l. 4. pr. D. pro emtore. (XLI. 4.) Vgl. Unterholzner i. a. W. §. 10.

k) tit. D. de divers. temporal. praescript. (XLIV. 3.) l. 4. C. de praescript. XXX. vel XL. ann. (VII. 39.)

l) l. 7. §. 3. C. eod.

m) tit. C. cit. Von Juſtinian wurde die Zeit der aufhebenden Klagen-Verjährung für einige Fälle ſogar auf 100 Jahre ausgedehnt, was er ſelbſt aber ſpäter wieder abänderte. l. 23. C. de sacrosanct. eccles. (I. 2.) Nov. 9. 111. u. 131. c. 6. Vgl. übrigens Unterholzner i. a. W. §. 17 — 19. u. 40 — 43.

n) Z. B. l. 6. u. l. 8. §. 1. C. de praescript. XXX. vel XL. ann. (VII. 39.) Vgl. Unterholzner i. a. W. §. 176 — 178.

o) Vgl. Unterholzner i. a. W. §. 3. Indeſſen kommt doch auch ſchon im Röm. Recht nicht blos *praescriptio temporis* (z. B. l. 5. D. si ingen. esse dic. [XL. 14.]), ſondern auch *praescriptio* ſchlechthin für die Einrede der Verjährung vor, z. B. l. 2. u. 7. C. ne de statu defunct. (VII. 12.), und eben ſo auch das Zeitwort *praescribere* für: die Einrede der Verjährung entgegenſetzen, oder aus dem Grunde der Verjährung Etwas zurückweiſen, l. 1. §. 4. D. eod. (XL. 15.), und ſelbſt der Ausdruck: cum .... *actio* .... *praescripta sit*," findet ſich in der l. 5. C. de injur. (IX. 35.) in dem Sinne: daß die Klage durch Verjährung erloſchen ſey, (obgleich ſonſt das Wort *praescribere* gewöhnlich mit dem Dativ conſtruirt wird. Vgl. Brisson. unter dieſem Wort No. 3.)

p) Gaj. II. §. 43. u. 44. „.... *usucapio* nobis competit, ... quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent; ...." l. 1. D. de usurpat. (XLI. 3.) „Bono publico *usucapio* introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu, et fere semper incerta dominia essent, ..." l. 5. pr. D. pro suo (XLI. 10.) „*Usucapio* rerum ..... constituta est, ut aliquis litium finis esset." l. 2. pr. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.) „.... *vetustas*, quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa." Daher wird ſchon bey Cic. pro Caecina c. 26. die usucapio „*finis sollicitudinis ac periculi litium*" genannt. Vgl. auch Unterholzner i. a. W. §. 27.

q) l. 2. C. de annal. except. (VII. 40.) l. 3. in f. C. eod. ..... cum contra desides homines et sui juris contemtores odiosae exceptiones oppositae sunt."

r) Vgl. Unterholzner i. a. W. §. 25. u. 26.

Zuſatz. Von der ſog. Immemorial-Verjährung kommen im Röm. Recht nur wenige Spuren vor, und zwar blos in Bezug auf Dämme und Gräben, welche zur Abwehr oder Ableitung des Waſſers von Grundſtücken dienen. Wenn nämlich dergleichen Einrichtungen irgendwo ſchon über Menſchengedenken hinaus beſtanden haben, ſo ſollen ſie, wenn auch ihre rechtliche Begründung ſich nicht nachweiſen läßt, doch für rechtlich begründet angenommen und geſchützt werden, und es ſoll hier alſo das Alter (vetustas) die Stelle eines Rechtsgrundes vertreten. l. 3. §. 4. D. de aqua quotid. (XLIII. 20.) l. 2. u. 26. D. de aqua et aq. pluv. arcend. (XXXIX. 3.) l. 28. D. de probat. (XXII. 3.) Vgl. Unterholzner i. a. W. §. 140 — 142.

§. 99.

Von Zeitfriſten und ihrer Berechnung a).

Nicht blos bey der Verjährung, ſondern auch in vielen

andern Fällen bey der Ausübung und Geltendmachung der Rechte kommen gewisse Zeitfristen und deren Berechnung in Betracht. In dieser Hinsicht ist nun das continuum und das utile tempus zu unterscheiden. *Continuum tempus* (a. u.) heißt nämlich eine solche Zeitfrist, welche ohne Unterbrechung fortgerechnet wird [b]), *utile tempus* (a. u.) aber eine solche, in welche nur diejenigen Tage eingerechnet werden, wo Jemand sein innerhalb einer gewissen Zeit auszuübendes Recht geltend machen konnte; wozu vorausgesetzt wird, nicht nur daß er von seinem Rechte Kenntniß erlangt hatte, sondern auch daß kein anderes Hinderniß der Ausübung desselben, und der Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung (experiundi potestas) entgegenstand, sey es in der Person des Berechtigten selbst, oder in Bezug auf den, gegen welchen das Recht zusteht, oder in Ansehung der Obrigkeit, unter deren Mitwirkung das Recht geltend zu machen ist [c]). Eine Zeitfrist ist nun im vollen Sinne des Worts ein *utile tempus* (bey den Neuern tempus plene utile genannt), wenn bey deren Berechnung, sowohl in Rücksicht des Anfangs als des Fortgangs, alle diejenigen Tage ausgeschlossen bleiben, wo der Berechtigte von seinem Rechte keinen Gebrauch machen konnte [d]). Nun kann aber eine Zeitfrist auch blos in gewisser Hinsicht, nämlich in Ansehung ihres Anfangs, ein utile tempus, im Uebrigen aber continuum seyn, wenn sie nämlich zwar erst von dem Moment zu laufen anfängt, wo der Berechtigte das ihm zuständige Recht erfahren hat, oder sonst ein Hinderniß für die Ausübung desselben weggefallen ist, aber von da an ununterbrochen fortgerechnet wird [e]), (was die Neuern tempus ratione initii utile, et ratione cursus continuum zu nennen pflegen, statt des im Röm. Recht einmal vorkommenden Ausdrucks: *dies ad aliquid utiles* [f]). Uebrigens ist als Regel das continuum tempus anzunehmen, weil diese Berechnungsart sich nach der Natur der Sache von selbst versteht, und daher keiner besondern gesetzlichen Bestimmung bedarf. Ist aber eine Zeitfrist im Rechte für ein utile tempus erklärt, so ist dieß im Zweifel ohne Beschränkung zu verstehen, und also nicht blos auf den Anfang, sondern auch auf den Fortgang dieser Frist zu beziehen [g]). — Was hiernächst die Frage anlangt, wann ein bestimmter Zeitraum als vollendet anzusehen sey? so ist ebenfalls eine doppelte Zeitbe-

rechnung zu unterſcheiden, nämlich die natürliche (ſog. computatio temporis *naturalis*) und die bürgerliche oder poſitiv-rechtliche (ſog. comp. temp. *civilis*). Nach der Erſtern wird das Ende eines Zeitraums nicht eher angenommen, als bis auch der letzte Augenblick deſſelben abgelaufen iſt; während dagegen die Letztere der natürlichen Dauer eines Zeitraums Etwas abzieht, und ihn alſo früher, als er wirklich vollendet iſt, für vollendet anſieht. Bisweilen nun beſteht die Civil-Computation darin, daß ein erſt angefangenes Jahr für ſchon vollendet gehalten wird [h]), gewöhnlich aber darin, daß der letzte Tag eines beſtimmten Zeitraumes, wenn er nur angefangen hat, für vollendet gilt, ſo daß alſo hierbey nicht von Moment zu Moment, ſondern nur von Tag zu Tag gerechnet wird. Auf dieſe Art der Zeitberechnung gehen im Röm. Recht die Redensarten: non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computare [i]), und: annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numerare [k]); die Neuern aber drücken dieß durch den Satz aus: dies novissimus coeptus pro completo habetur [l]). Eine ſolche Civil-Computation findet nun namentlich Statt bey der Berechnung der Uſucapionszeit [m]), der Mündigkeit zum Teſtiren [n]), bey dem zur Freylaſſung eines Sclaven erforderlichen Alter des Herrn [o]), und in Bezug auf einen *anniculus* d. h. ein einjähriges Kind [p]). Dagegen verweißt in andern Fällen das Röm. Recht auf die natürliche Zeitberechnung („ut a momento in momentum tempus spectetur“) [q]), und dieſe iſt, da Abweichungen von der Natur der Sache nicht zu präſumiren ſind, wohl überall als Regel zu befolgen, wo nicht ausdrücklich im Rechte etwas Anderes beſtimmt iſt [r]).

a) Vgl. Haubold de temporis continui et utilis computatione, Lips. 1791. (in Deſſen opusc. Vol. I. p. 397 — 438.) — Ueber die reichhaltige Literatur in Betreff der ſog. Civil-Computation ſ. Mackeldey's Lehrb. d. heut. Röm. Rechts §. 182. Note f).

b) l. 8. D. de his, qui not. infam. (III. 2.) l. 31. §. 1. D. de usurpat. (XLI. 3.) l. 8. C. de dolo malo. (II. 21.) l. 7. pr. C. de temp. in integr. restit. (II. 53.) l. 5. C. ad leg. Jul. de adult. (IX. 9.). Vgl. auch Gaj. II. §. 171 — 173. u. Ulp. XXII. §. 31. u. 32. — In einer andern Bedeutung heißt *continuum tempus* auch eine ſolche

Zeit, während welcher ein Recht nicht immer, sondern nur mit gewissen Zwischenräumen ausgeübt werden kann. l. 7. D. quemadm. servit. amitt. (VIII. 6.)

c) l. 1. D. de divers. temp. praescript. (XLIV. 3.) „Quia tractatus de *utilibus diebus* frequens est, videamus, quid sit, *experiundi potestatem* habere. Et quidem inprimis exigendum est, ut sit facultas agendi; neque sufficit reo experiundi secum facere potestatem, vel habere eum, qui se idonee defendat; nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur experiri. Proinde sive apud hostes sit, sive reipublicae causa absit, ... experiundi potestatem non habet. . . . Illud utique neminem fugit, experiundi potestatem non habere eum, qui Praetoris copiam non habuit; proinde hi dies cedunt, quibus jus Praetor reddit.“ l. 6. D. de calumn. (III. 6.) l. 55. D. de aedilic. edict. (XXI. 1.) l. 6. §. 14. D. quae in fraud. credit. (XLII. 8.)

d) l. 2. pr. D. quis ordo in possess. serv. (XXXVIII. 15.) „*Utile tempus* est bonorum possessionum admittendarum. Ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint, scilicet ut per singulos dies et scierit, et potuerit admittere; ceterum quacunque die nescierit, aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat. . . . .“ l. 2. C. qui admitt. ad bonor. possess. poss. (VI. 9.) Vgl. auch Gaj. II. §. 171 — 173. u. Ulp. XXII. §. 31. u. 32.

e) Beyspiele dieser Art enthalten: l. 19. u. l. 22. §. 2. C. de jure delib. (VI. 30.)

f) l. 1. §. 7. D. quando appelland. sit. (XLIX. 4.) Daß aber im Röm. Recht auch ein sog. tempus ratione initii continuum et ratione cursus utile vorkomme, wie Manche annehmen, läßt sich nicht erweisen.

g) Z. B. in den Fällen, auf welche die in der Note c) cit. Stellen gehen. Vgl. Haubold a. a. O. c. VII.

h) Z. B. bey der Majorennität, in wie fern sie zur Uebernahme gewisser Aemter und Ehrenstellen erforderlich ist. Vgl. Zusatz 2. zum §. 35.

i) l. 6. D. de usurpat. (XLI. 3.)

k) l. 134. D. de verb. signif. (L. 16.)

l) Unter dem letzten Tag einer Zeitfrist ist hierbey der letzte Kalendertag derselben zu verstehen. So ist z. B. eine Jahresfrist, die am 1sten Januar beginnt, mit dem Eintritt des 31sten December desselben Jahres civiliter vollendet, d. h. sogleich nach Mitternacht vom 30sten auf den 31sten December; denn auch bey den Röm. wurde der Anfang des Tages von der Mitternacht an gerechnet. l. 8. D. de feriis (II. 12) „More Romano dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur; . . . . .“ Dieß ist der aus 24 Stunden bestehende bürgerliche Tag, (dies *civilis*) Gell. III. c. 2. in f., im Gegensatz des natürlichen Tages, der vom Aufgang bis zum Untergang der Sonne dauert. Censorin. de die nat. c. 23. Es zerfällt nun aber der bürgerliche

Tag wiederum in zwey gleiche Hälften, die Tageszeit und die Nachtzeit, (auf jene bezieht ſich l. 2. §. 1. D. de verb. signif. „Cujusque diei major pars est horarum septem primarum diei, non supremarum,“) und dieſe beyden Hälften des bürgerlichen Tages wurden bey den Römern ſo berechnet, daß die erſte Stunde der Tageszeit auf die ſiebente Stunde nach Mitternacht, und die erſte Stunde der Nachtzeit auf die ſiebente Stunde nach Mittag fiel. Harmenopul. VI. 3. Daher heißt die Mittagsſtunde hora sexta diei, und die Mitternachtsſtunde hora sexta noctis. l. 7. D. de usurpat. (XLI. 3.)

m) l. 6. u. 7. D. eod. l. 15. pr. D. de divers. temp. praesc. (XLIV. 3.)

n) l. 5. D. qui testam fac. poss. (XXVIII. 1.) „A qua ætate testamentum vel masculi, vel feminae facere possunt, videamus. Verius est, in masculis quidem quartumdecimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartumdecimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complesse? Propone, aliquem Kalendis Januariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quartodecimo anno, an valeat testamentum? Dico valere; plus arbitror, etiam si pridie Kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum; jam enim complesse videtur annum quartumdecimum, ut Marciano videtur.“ S. Note l) zu Ende.

o) l. 1. D. de manumiss. (XL. 1.)

p) l. 134. D. de verb. signif. „*Anniculus* non statim ut natus est, sed trecentesimo sexagesimoquinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die, ...“ Ueber einen Fall der Anwendbarkeit dieſer Beſtimmung im ältern Röm. Recht ſ. Gaj. I. §. 29. u. 73. u. Ulp. III. §. 3.

q) Z. B. l. 3. §. 3. D. de minor. (IV. 4.) pr. I. quib. mod. tutel. fin. (I. 22.) l. 4. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) l. 1. §. 3. D. de postul. (III. 1.) l. 6. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) l. 15. §. 6. in f. D. ad leg. Jul. de adult. (XLVIII. 5.) l. 3. D. de jure immun. (L. 6.) l. 24. C. de nupt. (V. 4.) l. 3. C. quando tutor. esse desin. (V. 60.)

r) Indeſſen ſind Mehrere unſerer Juriſten der entgegengeſetzten Meinung, z. B. Schweppe im Jur. Magaz. I. 9. u. im Röm. Privatr. §. 57 d. (4te. Ausg.), von Wening-Ingenheim im Lehrb. d. gemein. Civilr. §. 113.

Zuſatz. Unter den einzelnen Zeitabſchnitten ſind außer dem Tage (von deſſen Berechnung bereits in der Note l) gehandelt worden iſt,) hauptſächlich das Jahr und der Monat auch in juriſtiſcher Hinſicht von Bedeutſamkeit. — Urſprünglich beſtand bei den Römern das Jahr (das ſog. Romuliſche) nur aus zehn Monaten oder 304. Tagen. Censorin. de die natal. c. 20. Macrob. Saturnal. I. 12. Doch bildete ſich daneben bald ein Mondenjahr (das ſog. Numäiſche) aus, welches aus zwölf Monaten (durch das Hinzukommen des Januars und

Februars zu jenen zehn Monaten), oder 354. und hernach 355. Tagen beſtand, Plin. Histor. natur. XXXIV. 7., und mit dem Sonnenjahr dadurch in Uebereinſtimmung gebracht wurde oder gebracht werden ſollte, daß man ein Jahr um das andere, oder vielmehr in jeder Periode von 22. Jahren zehn Mal, einen Schaltmonat, abwechſelnd von 22. u. 23. Tagen, hinzufügte, und zwar am Ende des Februars, welcher ehedem der letzte Monat des Jahres war. Cic. de legg. II. 21. (Auf dieſen alten mensis intercalaris bezieht ſich noch l. 98. §. 1. D. de verb. signif. [L. 16.]) Indeſſen wurde durch dieſes Mondjahr jenes zehnmonatliche Jahr nicht ganz abgeſchafft, vielmehr blieb es noch lange nach der Zeit der Könige im Gebrauch, und einzelne Anwendungen davon haben ſich ſelbſt noch für das ſpätere Recht erhalten. Vgl. Niebuhr's Röm. Geſchichte Theil 1. S. 304 — 317. (3te Ausg.) Dagegen trat durch die von Jul. Caesar unternommene Reformation des Kalenders an die Stelle des bisherigen Mondenjahres das aus 365. Tagen beſtehende Sonnenjahr (das ſog. Julianiſche), Sueton. in vita Julii c. 40., und dieſes Jahr bildet im neuern Röm. Recht die Regel für alle rechtlichen Beziehungen. l. 51. §. 2. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) l. 4. §. 5. D. de statulib. (XL. 7.) l. 134. D. de verb. signif. Auch ſelbſt in einem Schaltjahre leidet dieſe Regel keine Ausnahme; denn der Februar, auch wenn er ein Schaltmonat iſt, beſteht nach der juriſtiſchen Berechnung doch nur aus 28. Tagen, l. 98. §. 2. D. eod., weil nämlich der Schalttag (intercalaris dies, a. u.) nicht beſonders in Anſchlag kommt, ſondern mit dem Haupttage, wo er eingeſchaltet wird, für Einen Tag gilt. Der Schalttag fiel bei den Römern allemal auf den ſechſten Tag vor den Calenden des Märzes, (d. h. nach unſerer Zeitrechnung, auf den 24ſten Februar,) Macrob. Saturn. I. c. 13. u. 14., und heißt eben darum *bissextum*, weil jener ſechſte Tag vor dem 1ſten März verdoppelt wurde, wobey der prior dies (d. h. der 25ſte Februar) für den Haupttag, und der posterior dies (d. h. der 24ſte Februar) für den Schalttag galt. l. 98. pr. D. de verb. signif. „Cum *bissextum* Kalendis est, nihil refert, utrum priore, an posteriore die quis natus sit, et deinceps sextum Kalendas ejus natalis dies est; *nam id biduum pro uno die habetur; sed posterior dies intercalatur, non prior.* Ideo quo anno intercalatum non est, sexto Kalendas natus, cum bissextum Kalendis est, priorem diem natalem habet.“ l. 3. §. 3. D. de minor. (IV. 4.) l. 2. D. de divers. temp. praescr. (XLIV. 3.) Vgl. auch Glück's Erläut. d. Pand. Th. 3. S. 576 — 581. — Was den Monat anlangt, ſo wird er bey geſetzlichen Beſtimmungen in der Regel, ohne Berückſichtigung ſeiner eigentlichen Kalenderdauer, zu dreyßig Tagen berechnet. l. 28. vgl. mit l. 31. §. 22. u. l. 38. D. de aedil. edict. (XXI. 1.) l. 22. §. 1. u. 2. C. de jure delib. (VI. 30.) Nov. 115. c. 2.; doch wird bey den für das Erſcheinen vor Gericht beſtimmten Friſten noch ein Tag zugegeben. l. 1. D. si quis caut. in judic. sist. (II. 11.) l. 101. D. de regul. jur. (L. 17.) Ueber dieſe Stelle ſ. auch Reinfelder, der annus ci-

vilis des Röm. Rechts, (Stuttg. 1829.) S. 145 — 163., und über die l. ult. pr. C. de tempor. et reparat. appell. (VII. 63.) Denselben a. a. O. S. 123 — 128.

Fünfter Abschnitt.

Von den Mitteln, die Rechte gerichtlich geltend zu machen und zu verfolgen.

§. 100.

Unzulässigkeit und Strafe der Selbsthülfe. — Ausnahmen davon[a]).

Daß die Selbsthülfe, welche darin besteht, daß man mit Umgehung der Obrigkeit oder des Richters, sich eigenmächtig Recht zu verschaffen sucht, im Staate regelmäßig nicht gestattet seyn könne, liegt im Begriff und Zweck desselben (§. 13. d. Einleit.), und versteht sich hiernach schon von selbst. Daher finden wir auch im ältern Röm. Recht ein eignes Verbot der Selbsthülfe nicht geradezu aufgestellt, nur mittelbar war es darin enthalten, daß blos in gewissen Fällen aus besondern Rücksichten eine Selbsthülfe oder Selbstvertheidigung gestattet wurde[b]). Sonach gab es ehedem auch keine besondern Strafen der Selbsthülfe, außer insofern sie zugleich die Form eines ohnehin durch ein Strafgesetz verpönten Verbrechens, z. B. der Gewaltthätigkeit, annahm[c]). Erst seit Marc. Aurel Antonin wurden, außer der öffentlichen Strafe eines solchen Verbrechens, nach und nach auch verschiedene Privatstrafen auf die Selbsthülfe oder anmaaßliche Eigenmacht gesetzt. Dieser Kaiser sprach nämlich durch eine Entscheidung (decretum Divi Marci) demjenigen sein Forderungsrecht (jus crediti) ab, welcher sich eigenmächtig in den Besitz irgend einer Sache des Schuldners gesetzt[d]), oder auch (nach einer andern in den Digesten vorkommenden Fassung dieses Decrets,) eine ihm schuldige Summe sich eigenmächtig vom Schuldner verschafft hätte[e]). Anderweite, hierher gehörige Strafbestimmungen wurden erst unter christlichen Kaisern getroffen. So verordnete namentlich Constantin, daß, wer einen Andern gewaltsam aus dem Besitz geworfen habe, nicht nur sofort den vorigen Besitz wieder herstellen, sondern auch, wenn sich fände, daß er kein Recht auf die

Sache habe, mit Deportation und Vermögensconfiscation bestraft, im entgegengesetzten Falle aber ihm wenigstens die Hälfte der im Streit begriffenen Sachen confiscirt werden solle [f]), ferner daß, wer bey einer Grenzstreitigkeit vor Entscheidung der Sache sich Etwas vom fremden Eigenthum anmaaße, zur Strafe eben so viel, als er dem Andern habe entziehen wollen, verlieren solle [g]). Nach einer Constitution von Valentinian, Theodos I. und Arcadius aber, wodurch jene erstere Verordnung Constantin's unanwendbar wurde, soll man, wenn man seine eigene, im Besitz eines Andern befindliche Sache diesem gewaltsam entzieht, Besitz und Eigenthum daran zum Besten des Andern verlieren, und wenn man eine fremde Sache, unter dem Vorgeben des Eigenthums daran, gewaltsam in Beschlag nimmt, nicht allein die Sache selbst dem vorigen Besitzer zurückgeben, sondern auch noch ihren Werth bezahlen [h]). Die nämliche Strafe trifft nach einer Verordnung Zeno's auch die Inhaber fremder Sachen, (z. B. Pachter,) wenn sie ohne Rechtsgrund die Rückgabe dieser Sachen verweigern, und es in dem deßhalb erhobenen Processe bis zur Verurtheilung kommen lassen [i]). Endlich erließ auch Justinian noch einige, gegen gewisse specielle Fälle der Selbsthülfe gerichtete Verordnungen mit harten Strafandrohungen [k]). — Was nun aber die Fälle der erlaubten Selbsthülfe anlangt, (wohin im ältesten Recht auch Eine der legis actiones, nämlich die pignoris capio, gewissermaaßen gerechnet werden kann [l]),) so war durch die zwölf Tafeln ausdrücklich gestattet, den auf der That ertappten Dieb, bey wirklich vorhandener und durch ein Lärmgeschrey anzuzeigender Gefahr, zu tödten [m]). Eben so war es wahrscheinlich schon im ältesten Rechte erlaubt, den auf der That ertappten Ehebrecher umzubringen [n]), welches Recht später durch die lex Julia de adulteriis näher bestimmt und modificirt wurde [o]). Ueberhaupt aber war es schon von Alters her bey den Römern als ein naturrechtlicher Grundsatz angenommen, daß man einem widerrechtlichen Angriff augenblicklichen Widerstand entgegensetzen, und Gewalt mit Gewalt vertreiben dürfe [p]). Dieses Recht der nothgedrungenen oder unverschuldeten Selbsthülfe oder Nothwehr (inculpatae tutelae moderatio [q]), bey den Neuern gewöhnlich moderamen inculpatae tutelae genannt,) kann man nicht blos zur Vertheidigung sei-

ner Perſon gebrauchen [r]), ſondern auch zum Schutz aller Sachen, in deren Beſitz man ſich befindet, und zur ſofortigen Wiederabnehmung deſſen, was man gewaltſam verloren hat [s]). So wie aber dieſes Recht nur auf der Stelle (ex continenti), und alſo nicht erſt nach einem Zwiſchenraum (ex intervallo), ausgeübt werden darf [t]), eben ſo iſt es auch dadurch beſchränkt, daß man nicht mehr Gewalt, als zur Abwehrung des Angriffs oder der Gefahr durchaus nothwendig iſt, anwende, und nicht etwa einen Dritten dabey verletze [u]). Außerdem giebt es auch noch einige beſondere Fälle einer erlaubten Selbſthülfe [v]). — Abgeſehen von ſolchen Ausnahmefällen aber, muß man zum Schutz und zur Verfolguug ſeiner Rechte die obrigkeitliche Hülfe in Anſpruch nehmen durch die dazu geeigneten Rechtsmittel [x]).

a) Vgl. Linde in der Zeitſch. für Civilr. und Proz. B. 1. Nr. 21. und Benfey im Rhein. Muſ. B. 7. Nr. 1.

b) Vgl. Note m) u. o) — s).

c) l. 12. §. 2. D. quod met. caus. gest. er. (IV. 2.) l. 8. D. ad leg. Jul. de vi priv. (XLVIII. 7.) l. 5. C. eod. (IX. 12.)

d) l. 7. D. eod. (Callistratus libro V. de Cognitionibus.) „Creditores, si adversus debitores suos agant, per judicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent. Alioquin si in rem debitoris sui intraverint, id nullo concedente, Divus Marcus decrevit, jus crediti eos non habere. Verba decreti haec sunt: Optimum est, ut, si quas putes te habere petitiones, actionibus experiaris; ..... et quum Marcianus diceret: vim nullam feci: Caesar dixit: tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? *Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit, ... Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo judice temere possidere, eumque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit.*“

e) l. 13. D. quod met. caus. gest. er. (IV. 2.) (Callistratus libro V. de Cognitionibus.) „Extat enim Decretum Divi Marci in haec verba: Optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris. Quum Marcianus diceret: vim nullam feci, Caesar dixit: ..... Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris, *vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte data*m, sine ullo judice temere possidere, *vel accepisse*, isque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit.“ Daß jedoch die weitere Faſſung, welche im letzten Satz dieſer

Stelle (im Vergleich mit dem letzten Satz der in der vorigen Note citirten Stelle,) dem decretum Marci beygelegt wird, nicht zur urſprünglichen Form deſſelben gehöre, ſondern auf einer Interpolation beruhe, haben Linde a. a. O. §. 4. und Benfey a. a. O. §. 2 — 8. auszuführen geſucht.

f) l. 3. Th. C. ad leg. Jul. de vi (IX. 10.)

g) l. 2. Th. C. fin. regund. (II. 26.) u. l. 4. J. C. eod. (III. 39.)

h) l. 3. Th. C. unde vi. (IV. 22.) l. 7. J. C. eod. (VIII. 4.) Vgl. auch §. 1. I. de vi bon. rapt. (IV. 2.) u. §. 6. I. de interdict. (IV. 13.)

i) l. 34. C. de locat. (IV. 65.) l. 10. C. unde vi. (VIII. 4.)

k) Nov. 52. c. 1. Nov. 60. u. Nov. 134. c. 7.

l) Gaj. IV. §. 26 — 29.

m) Cic. pro Tull. c. 47. u. 50. Collat. VII. c. 3. §. 2. u. 3. l. 4. §. 1. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) l. 54. §. 2. D. de furt. (XLVII. 2.) Das Nähere davon gehört in die Lehre vom Diebſtahl.

n) Vgl. Sanio Observ. ad leg. Cornel. de sicar. P. I. (Regimont. 1827.) p. 47. sqq.

o) Paul. II. 26. §. 1 — 8. Collat. IV. c. 2. §. 2 — 7. c. 3. §. 1 — 5. c. 12. §. 1 — 6. l. 20 — 25. D. ad leg. Jul. de adult. (XLVIII. 5.)

p) Cic. pro Milon. c. 4. „ . . . . . Est enim haec . . . . . non scripta, sed nata lex, ... ut, si vita nostra in aliquas insidias, si in vim, si in tela aut latronum aut inimicorum incidisset, omnis honesta ratio esset expediendae salutis. Silent enim leges inter arma, nec se exspectari jubent, cum ei, qui exspectare velit, ante injusta poena luenda sit, quam justa repetenda.“ l. 4. pr. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) „Itaque si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero, securus ero; nam *adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere.*“ l. 45. §. 4. D. eod. „ . . . . . *vim* enim *vi defendere* omnes leges omniaque jura permittunt . . . . . “ l. 1. §. 27. D. de vi. (XLIII 16.) „*Vim vi repellere licere*, Cassius scribit, idque jus natura comparatur; . . . . . “ l. 3. D. de justit. et jur. (I. 1.)

q) l. 1. C. unde vi. (VIII. 4.)

r) l. 4. pr. u. l. 5. pr. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) l. 3. u. 4. C. ad leg. Cornel. de sicar. (IX. 16.)

s) l. 3. §. 9. u. l. 17. D. de vi. (XLIII. 16.) l. 1. C. eod. (VIII. 4.)

t) l. 3. §. 9. D. cit.

u) l. 5. pr. u. l. 45. §. 4. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.)

v) z. B. l. 29. §. 1. D. eod. l. 1. pr. — §. 2. D. de oper. nov. nunciat. (XXXIX. 1.) l. 10. §. 16. D. quae in fraud. creditor. (XLII. 8.) l. 2. C. ut nemo priv. titul. praed. impon. (II. 16.) l. 1. C. ut nemini lic. sine jud. auctor. sign. reb. impon. alien. (II. 17.) l. 3. C. de pignor. (VIII. 14.)

x) l. 176. pr. D. de regul. jur. (L. 17.) „Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi.“ l. 9. C. solut. matrim. (V. 18.) — Vgl. Note d) u. e).

§. 101.

Ueberſicht der verſchiedenen Arten der Rechtsmittel.

Rechtsmittel (juris remedia a)) kann man im weitern Sinne zwar alle rechtlich zuläſſigen Schutz- und Sicherungsmittel der Rechte nennen, ſo daß darunter auch Cautionen und andere, im §. 95. vorgekommene, Beyſpiele der Sicherungsmittel begriffen werden können; vorzugsweiſe aber bezieht man jenen Ausdruck nur auf die zur gerichtlichen Geltendmachung und Verfolgung der Rechte geeigneten Mittel b). Es können nun aber die Rechte gerichtlich geltend gemacht werden entweder in Form eines wider einen beſtimmten Gegner gerichteten Angriffs, oder in Form einer dem Angriffe des Gegners entgegengeſetzten Vertheidigung. Jenes geſchieht durch Klagen (actiones im eigentlichen Sinne), dieſes aber durch Einreden des Beklagten (exceptiones im eigentlichen Sinne, bisweilen auch praescriptiones genannt). Den Letztern ſind auch verſchiedene andere Anführungen der Partheyen vor Gericht, als replicationes, duplicationes u. ſ. w., nachgebildet. Außer dieſen gewöhnlichen Rechtsmitteln kommen noch als beſondere Arten theils die interdicta, theils die in integrum restitutiones vor. Von allen dieſen verſchiedenen Arten der Rechtsmittel iſt nunmehr zu handeln, jedoch ſo, daß die geſchichtliche Entwickelung derſelben, insbeſondere der Klagen, inſoweit ſie mit den Formen des alten Civilproceſſes genau zuſammenhängt, dem letzten Buche des beſondern Theils vorbehalten bleiben muß.

a) Dieſer Ausdruck findet ſich in der l. 9. C. de obligat. et act. (IV. 10.), jedoch zunächſt nur in Bezug auf Executionsmittel, um einen verurtheilten Schuldner zur Zahlung anzuhalten. Doch kommt das Wort *remedium* auch in verſchiedenen andern, hierher gehörigen Verbindungen vor, z. B. *exceptionis remedium*, l. 14. C. ad SC. Vellej. (IV. 29.), *cautio-*

nis remedium, l. 79. §. 3. D. de condit. et demonstr. (XXXV. 1.) u. dgl. Vgl. Brisson. v. *remedium*.

b) In einer noch engern, aber hierher noch nicht gehörigen, Bedeutung verſteht man unter Rechtsmittel insbeſondere diejenigen, wodurch man eine obrigkeitliche Verfügung oder richterliche Entſcheidung, durch die man ſich in ſeinem Rechte verletzt glaubt, anficht, und eine Abänderung derſelben zu bewirken ſucht. In gleichem Sinne kommt auch im Röm. Recht der Ausdruck *provocationis* oder *appellationis remedium* vor. l. 1. §. 14. D. ad SC. Turpill. (XLVIII. 16.) l. 3. C. de error. advocat. (II. 10.)

Erinnerung. Zu den Rechtsmitteln in dem hierher gehörigen Sinne ſind allerdings auch die *missiones in bona* oder *in possessionem* zu rechnen. Da jedoch ihr Zweck zunächſt nur auf Erhaltung und Sicherung der Rechte geht, ſo iſt von ihnen bereits bei Gelegenheit der übrigen Erhaltungs- oder Sicherungsmittel der Rechte (§. 95. Nr. 5.) die Rede geweſen. In anderer Hinſicht gehören ſie in die proceſſualiſche Lehre von der Execution.

§. 102.

I) Actio. — Begriff und Natur derſelben[a]).

Tit I. de actionibus (IV. 6.)
Tit. D. de (obligationibus et) actionibus. (XLIV. 7.)
Der gleichlautende Titel des Codex. (IV. 10.)

Das Wort *actio*, welches im weiteſten juriſtiſchen Sinne jede Handlung von rechtlichem Einfluſſe bezeichnet[b]), wurde ſchon frühzeitig für Formulare zu Rechtsgeſchäften[c]), und insbeſondere für Proceßformeln[d]) gebraucht. Von den Proceßformeln trug man dieß Wort auf die proceſſualiſchen Rechtsmittel ſelbſt über[e]). In dieſer Bedeutung kommt es nun bald im weitern, bald im engern oder eigentlichen Sinne vor. Im weitern Sinne nämlich heißt *actio* jedes auf gerichtliche Verfolgung oder Geltendmachung der Rechte abzweckende Mittel[f]), und dieſe weitere Bedeutung liegt auch den Legaldefinitionen von actio, in denen dieſer Begriff auf die Befugniß zur gerichtlichen Verfolgung eines Rechts bezogen wird, zum Grunde: „*Actio* nihil aliud est, quam jus persequendi judicio, quod sibi debetur“[g]) oder: „Nihil aliud est *actio*, quam jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi“[h]). Im engern und eigentlichen Sinne aber bedeutet *actio* nur die Klage, d. h. dasjenige Rechtsmittel, wodurch man in Form eines Angriffs

gegen einen bestimmten Gegner ein Recht verfolgt; und wird dann von andern Rechtsmitteln unterschieden [l]). Aber auch in der Bedeutung von Klage hat *actio* wiederum eine generelle und eine specielle Beziehung. In der letztern nämlich, welche die engste Bedeutung von actio bildet, bezeichnet dieß Wort nur die aus einer obligatio hervorgehende, also die persönliche Klage (*actio personalis* oder *in personam*), im Gegensatz der *in rem actiones* oder *petitiones*, und der mit dem Namen *persecutiones* bezeichneten außerordentlichen Rechtsmittel [k]). — Zu jeder Klage sind ihrer Natur nach wenigstens zwey Personen erforderlich: ein Kläger (actor, oder qui agit, bisweilen auch agens, oder petitor genannt [l]), und ein Beklagter oder Verklagter, (reus [m]), oder is, unde petitur [n]), oder cum quo agitur oder actum est [o]), oder qui convenitur [p]), in der spätern Latinität auch fugiens [q]). Auch wird zur Wirksamkeit einer Klage vorausgesetzt, nicht nur, daß das in Frage stehende Recht an sich ein klagbares sey [r]), sondern auch, daß es dem Kläger bereits zustehe [s]), und gegen den bestimmten Beklagten, gegen welchen er auftritt, geltend gemacht werden könne [t]). Uebrigens verfolgt man mit einer Klage, außer der Hauptsache, gewöhnlich auch noch die Nebensache (causa rei oder omnis causa) [u]); doch ist diese in der Regel verloren, wenn sie im rechtskräftig gewordenen richterlichen Erkenntniß übergangen, oder die Hauptklage auf andere Weise (z. B. durch Vergleich,) erloschen ist [v]). — Ueberhaupt ist bey Rechtsstreitigkeiten im Zweifel der Beklagte mehr, als der Kläger begünstigt [x]).

a) Ueber die auf das Actionenrecht bezügliche Literatur s. Mackeldey's Lehrb. d. heut. Röm. Rechts §. 193. Note a). Vgl. auch Hasse d. J., Ueber das Wesen der actio ꝛc. im Rhein. Mus. B. 6. Nr. 1. u. 6., und K. A. Schneider, die allgemein subsidiären Klagen des Röm. Rechts. Rostock, 1834.

b) S. §. 68. Note c), und über *civilis actio* §. 69. Note m). — Vgl. auch Hugo's Rechtsgesch. S. 307. u. 308.

c) Z. B. *Hostilianae actiones* bey Cic. de orat. I. 57.

d) Cic. ibid. I. 41. Top. c. 17. u. ad *Attic.* VI. 1. med. — l. 2. §. 6. u. 7. D. de orig. jur. (I. 2.)

e) Gaj. IV. §. 11. u. 30.

f) Vgl. §. 1. Note s) und Paul. I. 7. §. 1.

g) pr. I. h. t.

h) l. 51. D. h. t.

i) l. 35. §. 2. D. de procurat. (III. 3.) „Non solum autem si *actio* postuletur . . . . . sed et *praejudicium*, vel *interdictum*, vel si *stipulatione* legatorum, vel damni infecti velit caveri, ...“ l. 39. pr. D. eod. l. 8. §. 1. D. de verb. signif. (L. 16.) „*Actionis* verbo non continetur exceptio.“ l. 52. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) l. 2. pr. D. de except. (XLIV. 1.) Auf ähnliche Weiſe wird auch das Zeitwort *agere* zwar im engern und gewöhnlichen Sinne nur auf die Anſtellung einer Klage bezogen, z. B. l. 7. §. 4. D. de minor. (IV. 4.) und in der Ueberſchrift des Digeſtentitels: de judic. et ubi quisque *agere* vel *conveniri* deb. (V. 1.), bisweilen aber im weitern Sinne auch auf das Vorbringen einer Einrede gegen die Klage. l. 1. D. de except. Vgl. §. 1. Note s).

k) l. 178. §. 2. D. de verb. signif. (L. 16.) „*Actionis* verbum et speciale est, et generale; nam omnis actio dicitur, sive in personam, sive in rem sit petitio; sed plerumque *actiones* personales solemus dicere, *petitionis* autem verbo in rem actiones significari videntur; *persecutionis* verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, utputa fideicommissorum, et si quae aliae sunt, quae non habent juris ordinarii executionem.“ l. 28. D. h. t. „*Actio* in personam infertur, *petitio* in rem, *persecutio* in rem vel in personam rei persequendae gratia.“ Daher werden bisweilen die drey Begriffe: actio, petitio, persecutio, als verſchiedene Arten der Klagen, neben einander geſtellt, z. B. §. 2. I. quib. mod. obligat. toll. (III. 29. od. 30.) l. 18. §. 1. D. de acceptil. (XLVI. 4.) l. 23. D. ratam rem hab. (XLVI. 8.) l. 49. D. de verb. signif. Vgl. auch §. 1. Note k — m). — Doch kommt *petitio* (ſo wie auch das Zeitwort *petere*,) nicht ſelten auch für eine perſönliche Klage vor, (vgl. Du Roi im Archiv f. d. Civil. Prax. B. 6. S. 434.), und wird auch wohl mit actio verbunden: *actio petitioque*, z. B. l. 1. pr. D. de SC. Maced. (XIV. 6.)

l) Gaj. IV. §. 41. u. 92. — §. 14. 17. u. 31. I. h. t. pr. u. §. 2. I. de replicat. (IV. 14.) l. 21. D. de probat. (XXII. 3.) — pr. I. de poena tem. litig. (IV. 16.) l. 8. §. 3. C. de bon., quae liber. (VI. 61.) — Der Ausdruck *petitor* kommt zwar vorzugsweiſe bey dinglichen Klagen vor, z. B. Gaj. IV. §. 94. §. 2. I. de offic. jud. (IV. 17.) l. 1. §. 2. D. quar. rer. act. non dat. (XLIV. 5.), jedoch nicht ausſchließlich. l. 2. §. 3. D. de eo, quod certo loc. (XIII. 4.) l. 9. D. de probat. (XXII. 3.) l. 4. §. 13. D. de dol. mal. except. (XLIV. 4.)

m) Im weiteſten Sinne bezeichnet dieſes Wort freylich jeden Theilnehmer oder Intereſſenten an einem Rechtsverhältniſſe, Festus v. *reus*. pr. J. de duob. reis stipul. et promitt. (III. 16. od. 17.) l. 5. pr. D. de verb. oblig. (V. 1.), und wird daher auch in Proceſſen, wenigſtens nach dem ältern Sprachgebrauch, auf jede Parthey bezogen. Festus l. c

u. v. *contestari* u. Cic. de orat. II. 43. Doch geht es im engern und gewöhnlichen Sinne nur auf den Beklagten, z. B. Gaj. IV. §. 57. u. 119. §. 1. I. de replicat. (IV. 14.) §. 1. I. de poena tem. litig. (IV. 16.) l. 2. pr. C. de jurejur. propt. calumn. (II. 59.), welcher bey dinglichen Klagen auch *possessor* heißt. Gaj. IV. §. 94. §. 2. I. de offic. jud. (IV. 17.) l. 7. §. 7. D. de Public. in rem act. (VI. 2.) Uebrigens werden beyde ſtreitende Partheyen mit einem gemeinſchaftlichen Namen auch *litigatores* oder *litigantes* genannt, Gaj. IV. §. 42. u. 148. §. 20. I. h. t. l. 2. §. 3. D. si quis caut. in judic. sist. (II. 11.) l. 2. §. 2. u. l. 62. D. de judic. (V. 1.), oder auch ſo umſchrieben: quorum de re disceptatur, Cic. l. c. oder: quorum res est. Id. de orat. II. 79.

n) Cic. de orat. I. 37. ad Famil. VII. 11. Gell. XIV. 2. in f.

o) Gaj. IV. §. 114. 116. u. 119. §. 31. I. h. t. pr. I. de except. (IV. 13.) l. 3. pr. D. de jurejur. (XII. 2.) — §. 3. I. de offic. jud. (IV. 17.)

p) §. 1. I. de poen. tem. litig. (IV. 16.)

q) l. 2. pr. C. de jurejur. propt. calumn. (II. 59.) l. 13. §. 2. C. de judic. (III. 1.) l. 8. §. 3. C. de bon., quae liber. (VI. 61.)

r) Die Klagbarkeit iſt im Zweifel bey jedem Rechte anzunehmen, arg. l. 21. D. de praescript. verb. (XIX. 5.); doch giebt es allerdings auch manche Rechte, welche nur durch eine Einrede (exceptio) geſchützt werden können, z. B. das Retentionsrecht (vgl. §. 95. Note 2)), desgleichen das aus einer nuda pactio erworbene Recht. l. 7. §. 4. D. de pact. (II. 14.)

s) l. 35. D. de judic. (V. 1.) l. 36. D. de reb. cred. (XII. 1.) S. jedoch wegen des ſog. jus futurum d. Zuſatz zum §. 93.

t) l. 4. §. 7. D. si servit. vindic. (VIII. 5.)

u) Vgl. §. 64. Note e).

v) l. 13. u. 26. pr. D. de usur. (IV. 32.) l. 4. C. depos. (IV. 34.) l. 3. C. de fruct. et lit. expens. (VII. 51.) — Ausnahmen kommen vor in l. 1. C. de judic. (III. 1.) u. l. 3. C. de condict. ex lege (IV. 9.)

x) Gaj. IV. §. 57. l. 38. D. de re jud. (XLII. 1.) l. 125. D. de regul. jur. (L. 17.) „Favorabiliores rei potius, quam actores habentur."

Zuſatz 1. Aus Rückſicht auf die dem ältern Röm. Recht eigenthümlichen Klagformeln (Gaj. IV. §. 30.) bezeichnet *formula* auch die Klage ſelbſt, ſofern ſie im ordentlichen Proceſſe zu verhandeln war, z. B. bey Gaj. IV. §. 33. 34. 93. Ulp. XIX. §. 16. u. XXV. §. 12. Paul. III. 3. §. 1. l. 42. pr. D. de furt. (XLVII. 2.) Vgl. auch l. 47. §. 1. D. de negot. gest. (III. 5.) — Ferner heißt eine Klage eben ſo, wie der Rechtsſtreit überhaupt, öfters auch *judicium*; daher auch die Redensarten: *suscipere* oder *accipere judicium* ſo viel bedeuten, als: ſich in einen Proceß einlaſſen. l. 3. D. de judic. (V. 1.) l. 36. D. famil. ercisc. (X. 2.) l. 7. pr. D. de aqua et aq. pluv. arc.

(XXXIX. 3.) — Außerdem wird bisweilen auch *querela* für Klage gebraucht, l. 3. C. de fruct. et lit. exp. (VII. 51.) l. 21. pr. D. de inoffic. testam. (V. 2.), oder auch *accusatio*, l. 6. §. 2. l. 7. l. 17. pr. l. 27. pr. u. §. 3. D. eod., obgleich das letztere Wort gewöhnlich eine öffentliche Anklage bezeichnet, tit. D. de accusat. et inscript. (XLVIII. 2.), wofür aber auch bisweilen actio vorkommt, z. B. l. 15. §. 3. D. ad SC. Turpill. (XLVIII. 16.)

Zuſatz 2. Für das Anſtellen einer Klage wird, außer verſchiedenen andern Redensarten, z. B. instituere, intendere, movere actionem u. dgl. (vgl. Brisson. v. *actio* No. 4.) auch das Wort *experiri* gebraucht, in Verbindung mit judicio oder actione, z. B. l. 65. D. de procurat. (III. 3.) l. 5. §. 1. u. l. 9. §. 1. D. de tributor. act. (XIV. 4.) l. 5. D. de except. rei judic. (XLIV. 2.), oder auch ſchlechthin, z. B. l. 38. §. 3. D. de pecul. (XV. 1.) l. 23. D. depos. (XVI. 3.). Daher auch *experiundi potestas* für die Möglichkeit einer Klaganſtellung. Vgl. §. 99. Note c).

§. 103.

Verſchiedenheiten der Klagen: A) Nach ihrem Urſprunge und ihrem Verhältniſſe zu den Rechtsquellen.

In Hinſicht ihres Urſprungs ſind die actiones entweder *civiles*, oder *honorariae*, je nachdem ſie ſich entweder auf das Civilrecht oder auf das honorariſche Recht gründen [a]). Unter den civilrechtlichen Klagen heißen die älteſten *legis actiones* (n. a. u.), entweder weil ſie durch leges eingeführt, oder weil ihre Formen den Worten der Geſetze ſelbſt genau angepaßt waren [b]). Zu den honorariſchen Klagen gehören nicht allein die prätoriſchen (praetoriae actiones [c])), ſondern auch die ädiliciſchen (aediliciae actiones [d])). — Ferner ſind die Klagen in Anſehung ihres Verhältniſſes zu den Rechtsquellen entweder directae oder utiles actiones [e]). *Directae actiones* (ſ. a. u.) heißen in dieſem Gegenſatz: die urſprünglich oder unmittelbar für ein beſtimmtes Rechtsverhältniß eingeführten Klagen, *utiles actiones* (ſ. a. u.) aber die einer directen Klage für Fälle, worauf dieſe eigentlich nicht anwendbar war, analogiſch nachgebildeten Klagen [f]). Die Erſtern kann man daher urſprüngliche, oder unmittelbare Klagen, oder auch im Verhältniß zu den Letztern Muſterklagen, die Letztern aber abgeleitete, nachgebildete, oder analoge Klagen nennen. Die utiles ac-

tiones hatten überhaupt zum Zweck, Lücken und Mängel des bestehenden Rechts im Geiste desselben auszufüllen, und also das ältere Recht in der Anwendung zu erweitern, oder auch die Strenge desselben zu mildern [g]). Insofern nun dergleichen Klagen auf einer Fiction beruhen, wodurch manche, zu einer directen Klage nach dem bestehenden Recht erforderliche Bedingungen oder Voraussetzungen supplirt wurden, heißen sie auch *ficticiae actiones* [h]). Größtentheils stammen sie aus dem prätorischen Rechte ab, wenn auch die Veranlassung dazu für bestimmte Fälle durch civilrechtliche Bestimmungen gegeben seyn mochte [i]); doch führten nach dem Beyspiel der Prätoren späterhin auch die Kaiser in manchen Fällen neue utiles actiones ein [k]). Die Ertheilung einer utilis actio erforderte, wenigstens im ältern Rechte, in jedem einzelnen Falle ein besonderes Decret des Prätor nach vorausgegangener causae cognitio [l]). Uebrigens unterscheidet sich in den Wirkungen eine utilis actio nicht weiter von einer directa, sofern nur die Natur des in Frage stehenden Verhältnisses völlig gleiche Wirkungen beyder Klagen gestattet [m]); doch werden auch im Justinianischen Recht noch immer die utiles actiones von den directae unterschieden [n]).

a) l. 25. §. 2. D. h. t. Im §. 3. I. h. t. werden die civilrechtlichen Klagen so umschrieben: „ex legitimis et civilibus causis descendunt.“ Die meisten civilrechtlichen Klagen haben ihren eigenthümlichen Namen, bald nach dem Gesetz, wodurch sie eingeführt sind, z. B. legis Aquiliae actio, bald nach dem Rechtsgeschäft, woraus sie entspringen, z. B. commodati, depositi, ex stipulatu actio, oder sonst nach ihrer factischen Veranlassung z. B. damni injuriae actio, bald nach den dabey vorkommenden Personen, z. B. pro socio actio u. s. w.

b) Gaj. IV. §. 11. In der l. 2. §. 6. D. de orig. jur. (I. 2.) erklärt Pomponius den Ausdruck legis actiones durch: *legitimae actiones.*

c) l. 63. §. 9. D. ad SC. Trebell. (XXXVI. 1.) Im §. 3. I. h. t. werden die prätorischen Klagen so umschrieben: „quas Praetor ex sua jurisdictione comparatas habet,“ und im pr. I. de perpet. et temp. act. (IV. 12.) so: „quae ex propria Praetoris jurisdictione pendent.“ Manche prätorische Klagen haben ihren Namen von dem Urheber derselben, z. B. Publiciana, Serviana actio u. dgl., andere von ihrer factischen Veranlassung, z. B. injuriarum actio, noch andere von den dabey in Betracht kommenden Personen, z. B. exercitoria, institoria actio, oder von dem Zweck, worauf sie gerichtet sind, z. B. tributoria actio, u. s. w.

d) tit. C. de aedilic. action. (IV. 58.) Die wichtigſten Beyſpiele derſelben ſind die redhibitoria und die quanti (oder quanto) minoris oder aestimatoria actio. l. 2. u. 4. C. eod. l. 23. §. 5. l. 44. §. 1. u. 2. u. l. 47. D. de aedil. edict. (XXI. 1.)

e) §. 16. in f. I. de lege Aquil. (IV. 3.) l. 27. §. 1. in f. D. de procurat. (III. 3.) l. 47. §. 1. D. de negot. gest. (III. 5.) l. 13. §. 10. D. de hered. petit. (V. 3.) l. 26. §. 3. D. de pact. dotal. (XXIII. 4.) l. 37. pr. D. h. t. l. 3. D. de sentent. pass. (XLVIII. 23.) — Statt directa actio kommen bisweilen auch andere Ausdrücke im Gegenſatz von utilis actio vor, z. B. *recta* (vindicatio) l. 9. §. 2. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.), *vulgaris* actio, l. 46. in f. D. de hered. instit. (XXVIII. 5.), actio *legitima*, l. 22. §. 2. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.), *ordinaria* actio, l. 5. C. si aliena res pign. (VIII. 16.) — Die einer alten legis actio nachgebildeten Klagen heißen bey Gaj. IV. 10. „actiones, quae ad legis actionem exprimuntur," im Gegenſatz der ſelbſtſtändig ausgebildeten (quae sua vi ac potestate constant).

f) Daß nämlich das characteriſtiſche Merkmal der utiles actiones in der analogen Anwendung oder Erweiterung einer vorhandenen Klage auf ähnliche Verhältniſſe, oder überhaupt auf Fälle, für welche dieſe eigentlich nicht galt, beſtehe, ergiebt ſich auch aus der Art, wie das Verhältniß einer utilis actio zu ihrer Muſterklage bezeichnet wird. Dieß geſchieht nämlich bald durch den Beyſatz *quasi*, z. B. *quasi* Serviana (actio), §. 7. u. 31. I. h. t. l. 13. §. 1. D. ad SC. Vellej. (XVI. 1.), *quasi* Publiciana, l. 70. D. de rei vindic. (VI. 1.), *quasi* Calvisiana vel Faviana actio, l. 13. in f. D. si quid in fraud. patron. (XXXVIII. 5.), bald durch die Ausdrücke: *exemplo*, oder *ad exemplum*, z. B. l. 17. §. 3. D. de usufr. (VII. 1.) (*utilis* actio *exemplo* Aquiliae,) l. 5. §. 21. D. ut in possess. legat. (XXXVI. 4.) — l. 12. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) l. 1. C. de precar. (VIII. 9.). Zuweilen werden auch die Ausdrücke: *utilis* und *quasi* (eben ſo, wie *utilis* und *exemplo* oder *ad exemplum*,) zur Bezeichnung derſelben Klage mit einander verbunden, z. B. *utilis actio quasi institoria*, oder *ad exemplum institoriae*, l. 10. § 5. D. mandat. (XVII. 1.) l. 19. pr. D. de instit. act. (XIV. 3.), *utilis actio quasi tutelae*, l. 52. pr. D. de pecul. (XV. 1.), *utilis actio damni injuriae, quasi ex lege* Aquilia, l. 51. D. de furt. (XLVII. 2.) — Ueber die utiles actiones überhaupt vgl. Mühlenbruch's Lehre von der Ceſſion der Forderungen. §. 15. u. 16.

g) Z. B. Gaj. II. §. 253. III. §. 202. u. 219. §. 4. I. de fideicomm. hered. (II. 23.) §. 16. I. de lege Aquil. (IV. 3.) l. 43. D. ex quib. caus. maj. (IV. 6.) l. 21. D. de praescript. verb. (XIX. 5.) „Quoties deficit actio vel exceptio, *utilis actio* vel exeptio est." l. 3. D. de sentent. pass. (XLVIII. 23.) „. . . . . utiles actiones necessariae non erunt, cum et directae competunt." Vgl. Mühlenbruch i. a. W. S. 151 — 155. (der 3ten Aufl.)

h) Dieſer Ausdruck kommt nur bey Ulp. XXVIII. 12. vor. Daß er ſich aber auf utiles actiones beziehe, ergiebt ſich theils aus Gaj. IV. §. 38. in f. „. . . . actio *utilis*, ... *in qua fingitur* . . . .“, theils aus Theoph. III. 12. pr. in f., wo von den Klagen des bonorum possessor und bonorum emtor, welche nach Gaj. IV. §. 34. u. 35. (und, was die Erſtern anlangt, auch nach Ulp. l. c. und nach Theophil. IV. 12. pr.) auf einer Fiction beruhen, geſagt wird, daß ſie *utiliter* (*οὐτιλίως*) Statt fänden. Auch daß Theoph. II. 23. §. 4. die *οὐτιλίας ἀγωγὰς* durch *πλαγιαστικὰς* (obliquas) erklärt, ſcheint, wie ſich aus den folgenden Worten l. c. ergiebt, auf die dieſen Klagen zum Grunde liegende Fiction hinzudeuten. Doch läßt ſich darum wohl nicht behaupten, daß alle utiles actiones zugleich fictitiae geweſen ſeyen. Vgl. übrigens Mühlenbruch i. a. W. S. 150. u. 161 — 164. Zimmern's Rechtsgeſch. B. 3. S. 156 — 158. u. Fritz Erläut. zu Wening-Ingenh. H. 1. S. 76. u. 77.

i) Vgl. Gaj. II. §. 253. u. IV. §. 34 — 38. Ulp. XXV. §. 16. u. XXVIII. §. 12. — §. 4. I. de fideicomm. hered. (II. 23.) §. 3 — 6. I. h. t. Theophil. II. 23. §. 4. III. 12. pr. u. IV. 12. pr. — Uebrigens ſind auch manchen prätoriſchen Klagen wiederum andere, als utiles, nachgebildet, wie z. B. die in der Note f) mit dem Beyſatz *quasi* angeführten.

k) Z. B. l. 8. C. de rei vindic. (III. 32.) l. 7. u. 8. C. de hered. vel act. vend. (IV. 39.) Vgl. auch Mühlenbruch i. a. W. S. 169. fgg.

l) l. 1. pr. D. de superfic. (XLIII. 18.) l. 5. D. de stipulat. praetor. (XLVI. 5.) Vgl. Mühlenbruch i. a. W. S. 148. fgg. u. 164. fgg.

m) l. 47. §. 1. D. de negot. gest. „Nec refert, directa quis, an utili actione agat vel conveniatur; . . . . cum utraque actio ejusdem potestatis est, eundemque habet effectum.

n) Ueber die Gründe davon ſ. Mühlenbruch i. a. W. S. 173. fgg.

Zuſatz. Der Name *utiles actiones* iſt wohl am natürlichſten daraus zu erklären, daß dieſe Klagen um des allgemeinen Nutzens (utilitas) willen, und aus Rückſichten der aequitas für ſolche Fälle oder Verhältniſſe, für welche keine directa actio vorhanden war, eingeführt worden ſind. l. 5. §. 9. D. de pecun. constit. (XIII. 5.) „. . . . *utilitatis gratia* puto dandam . . . . *utilem actionem*.“ l. 1. D. de eo, quod certo loco dar. op. (XIII. 4.) „. . . . *quia iniquum erat*, ... non posse stipulatorem ad suum pervenire, ideo visum est, *utilem actionem* in eam rem comparare.“ l. 1. D. de praescript. verb. (XIX. 5.) l. 2. §. 5. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.) Nach einer andern Meinung aber ſoll jener Name von dem Zeitworte *uti* herzuleiten ſeyn, oder auch von dem Adverbium *uti*, wegen der Aehnlichkeit des einer utilis actio zum Grunde liegenden Verhältniſſes mit dem, worauf die ihr zum Muſter dienende directa actio geht. Vgl. Hugo's Rechtsgeſch. S. 657. Note 1). — Uebrigens bezeichnet der Ausdruck *utilis actio* bisweilen, wenn er nicht in ſeiner

technischen Bedeutung genommen wird, eine Klage, die mit Wirksamkeit oder Erfolg angestellt werden kann, z. B. l. 37. D. mandat. (XVII. 1.) l. 2. D. de aestimat. (XIX. 3.) Vgl. auch Mühlenbruch i. a. W. S. 149. Note 299).

§. 104.

B) Nach dem zum Grunde liegenden Rechte und der dadurch bestimmten Richtung der Klagen [a]).

In dieser Hinsicht sind die Klagen entweder in rem oder in personam actiones [b]). — *In rem actiones* (a. u.) (bey den Neuern auch actiones reales,) heißen im weitern Sinne solche Klagen, welche aus einem absoluten Rechte (§. 16. d. Einleit. z. E.) entspringen, und daher ihrer Natur nach nicht auf einen bestimmten Beklagten beschränkt sind, sondern vom Berechtigten zum Schutze seines Rechtes gegen Jeden, der es nicht anerkennt, oder auf irgend eine Art stört oder beeinträchtigt, angestellt werden können [c]). In diese Kategorie gehören also auch die auf den status eines Menschen bezüglichen Klagen (praejudiciales actiones in diesem Sinne §. 105.) [d]). In der engern und gewöhnlichen Bedeutung aber heißen *in rem actiones* die aus einem dinglichen Rechte entspringenden und auf dessen Geltendmachung gerichteten Klagen, also solche, wodurch Jemand entweder eine körperliche Sache, als die seinige, oder ein Recht an einer Sache, als ein ihm zuständiges, in Anspruch nimmt [e]), (welche Klagen auch speciell *vindicationes* oder *petitiones* im engern Sinne heißen [f])). Diese Bedeutung liegt folgender Definition von Gajus zum Grunde: „*In rem actio* est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere“ [g]). Noch beschränkter, und eigentlich nur auf die Verfolgung körperlicher Sachen passend, ist die von Ulpian [h]) herrührende Definition: „*In rem actio* est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus; et semper adversus eum est, qui rem possidet“ [i]). — *In personam* oder *personales actiones* [k]) (a. u.) aber heißen solche Klagen, welche in Folge eines Obligationsverhältnisses nur gegen die uns besonders verpflichtete Person auf irgend eine Leistung angestellt werden können [l]). „*In personam actio* est, qua cum eo agimus, qui obli-

gatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum; et semper adversus eundem locum habet“ [m]). Dergleichen Klagen können nicht blos aus erlaubten Handlungen und Verhältnissen, sondern auch aus unerlaubten Handlungen entspringen [n]), und sind überhaupt hinsichtlich ihres Entstehungsgrundes so verschiedenartig, wie die klagbaren Obligationen selbst. Als gemeinschaftliche Benennung für die persönlichen Klagen war schon zur Zeit der classischen Juristen der Ausdruck *condictio* (oder *condicticia actio*, oder *condicticia* schlechthin), freylich in einer uneigentlichen Bedeutung [o]), angenommen [p]); doch wird dieser Ausdruck vorzugsweise auf eine solche civilrechtliche in personam actio bezogen, welche auf ein Geben (dari oportere) gerichtet ist [q]). Geht nun die condictio auf ein *certum*, d. h. einen in jeder Rücksicht bestimmten Gegenstand, z. B. eine species (§. 61.), oder eine genau bestimmte Quantität [r]), so heißt sie *certi condictio* (s. a. u.), oder *condicticia actio, per quam certum petitur* [s]), im entgegengesetzten Fall aber *incerti condictio* (s. a. u.) [t]). Ist die condictio auf eine bestimmte Summe baaren Geldes (certa pecunia numerata) gerichtet, so heißt sie auch speciell: actio, *si certum petetur* (oder *petatur*) [u]), im Gegensatz der *triticiaria* (oder *triticaria*) *condictio* (a. u.), welche auf andere Sachen, als baares Geld, geht [v]). Uebrigens haben manche condictiones, und zwar solche, welche auf Seiten des Beklagten ein Haben ohne rechtmäßigen Grund oder aus einem rechtswidrigen Grunde voraussetzen, eigenthümliche, nach der Verschiedenheit der hierbey möglichen Fälle verschiedene Namen [x]). Rührt eine persönliche Klage aus einem neuern Gesetz her, welches die Gattung und den Namen derselben nicht näher bestimmt hat, so heißt sie *condictio ex lege*, oder *ex lege condicticia* [y]).

a) Vgl. Thibaut's Versuche ꝛc. B. 2. Nr. 2., Feuerbach's civil. Versuche Nr. 8. Du Roi im Arch. f. d. Civil. Prax. B. 6. Nr. 14. u. 18. und Fritz Erläut. zu Wening-Ingenheim H. 1. S. 77 — 83.

b) §. I. h. t. „Omnium actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacunque re quaeritur, *summa divisio* in duo genera deducitur: aut enim *in rem* sunt, aut *in personam*.“ Auch von Gajus wird diese dichotomische Eintheilung der Klagen an die Spitze des Actionenrechts gestellt, mit der Bemerkung, daß diejenigen, welche nach der Verschiedenheit der sponsiones vier Gattungen der Kla-

gen (genera actionum) annähmen, überſehen hätten, daß ſie einige Arten der Klagen (species actionum) unter die Gattungen ſtellten.

c) Ueber die Bedeutung des Ausdrucks *in rem* ſ. d. Zuſatz zum §. 50. — Uebrigens meint Du Roi a. a. O. S. 423. u. 436. fgg., daß die Benennungen *in rem* und *in personam* actiones nicht von dem Rechtsverhältniſſe oder Rechtsgruude, ſondern von der Faſſung der Klagformeln hergenommen ſeyen.

d) §. 13. I. h. t. „*Praejudiciales* actiones *in rem* esse videntur, ...“ und Theophil. dazu.

e) §. 1. u. 2. I. h. t. „. . . . . Namque . . . . unusquisque . . . . . aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam. Quo casu proditae *actiones in rem* sunt. Veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat; nam si Titius suam esse intendat, *in rem actio* est. Aeque si agat, jus sibi esse de fundo forte vel aedibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, *in rem actio* est. Ejusdem generis est actio de jure praediorum urbanorum, ...“

f) Gaj. IV. §. 5. §. 15. I. h. t. „Appellamus autem in rem quidem actiones *vindicationes*, ...“ l. 25. pr. D. h. t. Daher die Zuſammenſetzungen: dominii vindicatio, l. 11. C. de usufr. (III. 33.), vindic. servitutis, l. 9. D. de oper. nov. nunciat. (XXXIX. 1.), vindic. pignoris, l. 16. §. 3. D. de pignor. (XX. 1.) — Ueber das Wort *petitio* vgl. §. 102. Note k).

g) Gaj. IV. §. 3.

h) l. 25. pr. D. h. t.

i) Der letzte Satz dieſer Definition leidet bey manchen dinglichen Klagen Ausnahmen, insbeſondere bey den auf Servituten ſich beziehenden. l. 5. §. 6. D. si usufr. pet. (VII. 6.) u. §. 2. I. h. t. Uebrigens wird die Regel, daß bey Streitigkeiten über körperliche Sachen und über das Eigenthum daran (in controversiis rerum corporalium) nur derjenige klagen könne, welcher nicht ſchon im Beſitz der Sache ſey, auch im §. 2. I. cit. vorgetragen, jedoch Ein Fall davon ausgenommen, und deßhalb auf die weitere Ausführung in den Digeſten verwieſen („sane *uno casu, qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet*, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit“). Welches nun dieſer einzige Fall ſey, den die Verfaſſer der Inſtitutionen vor Augen gehabt haben (der ſog. unus casus Institutionum), iſt ſehr beſtritten. Vgl. z. B. Doujatii Diss. de uno casu etc. (Excurs. XVIII. ad Theophil. ed. Reitz p. 1222. sqq.) und die Bemerkungen zur angef. Stelle der Inſtitutionen in der Ausg. von Schrader. Daß aber die *negatoria* (oder negativa) actio darunter gemeint ſey, wie Viele annehmen, iſt darum unwahrſcheinlich, weil dieſer Klage im §. 2. I. cit. kurz vorher, ehe vom unus casus die Rede iſt, Erwähnung geſchieht, und dabey auch

keine controversia *rerum corporalium* vorkommt. Paſſender ſcheint der in l. 12. §. 1. D. de acquir. possess. (XLI. 2.) enthaltene Fall. Vgl. Höpfner's Inſtitutionen-Commentar §. 1095.

k) Dieſer Ausdruck findet ſich z. B. in l. 38. D. de judic. (V. 1.) l. 178. §. 2. D. de verb. signif. (L. 16.)

l) §. 1. I. h. t. „. . . . . Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio, quo casu proditae *actiones in personam* sunt, per quas intendit, adversarium ei dare facere oportere, et aliis quibusdam modis. . . . . "

m) l. 25. pr. D. h. t. Uebereinſtimmend mit dieſer Definition Ulpian's iſt auch die von Gajus IV. §. 2. gegebene: „*In personam actio* est, quoties cum aliquo agimus, qui nobis vel ex contractu, vel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus, dare, facere, praestare oportere."

n) l. 25. §. 1. D. h. t. „Actionum autem quaedam ex contractu, quaedam ex facto . . . . . sunt. *Ex contractu actio* est, quoties quis sui lucri causa cum aliquo contrahit, veluti emendo, vendendo . . . . . *Ex facto actio* est, quoties ex eo teneri quis incipit, quod ipse admisit, veluti furtum vel injuriam commisit, vel damnum dedit . . . . . " Vgl. auch Note l) u. m).

o) Nämlich im eigentlichen Sinne heißt *condictio* die Ankündigung einer vorzunehmenden Handlung auf einen beſtimmten Tag. Festus unter dieſem Wort: „*Condictio* in diem certum ejus rei, quae agitur, denunciatio." §. 15. I. h. t. „. . . . . *condicere* . . . . . est *denunciare* prisca lingua; . . . . ." Dieſe urſprüngliche Bedeutung paßte nun allerdings auf Eine der alten legis actiones, die *condictio* hieß; „nam actor adversario denunciabat, ut ad judicem capiendum die XXX. adesset." Gaj. IV. §. 18.

p) Gaj. IV. §. 5. „Appellantur . . . . . in personam . . . . . actiones, quibus dari fierive oportere intendimus, *condictiones*." l. 25. pr. D. h. t. „Actionum genera sunt duo: in rem, ... et in personam, quae *condictio* appellatur. . . . . " — Vgl. auch §. 15. I. h. t. u. Theophil. dazu. l. 1. C. de donat., quae sub modo, (VIII. 55.) — Wegen der Ausdrücke: *condicticia actio*, ingleichen *condicticia* ſchlechthin, und *actio condictionis* ſ. d. bey Brisson. v. *condictio* angeführten Stellen. Eben ſo wird auch das Zeitwort *condicere* für das Anſtellen einer perſönlichen Klage, oder für das Einklagen deſſen, was man zu fordern hat, gebraucht, z. B. l. 8. §. 2. in f. D. ad SC. Vellej. (XVI. 1.) l. 1. pr. D. ut in possess. legat. (XXXVI. 4.) l. 17. §. 1. D. de reb. auctor. jud. possid. (XLII. 5.)

q) Gaj. IV. §. 18. „. . . . . nunc vero non proprie *condictionem* dicimus actionem in personam, (qua) intendimus, *dari nobis oportere;* nulla enim hoc tempore eo nomine denunciatio fit." §. 15. I. h. t. u. Theophil. dazu. — Ueber die Entſtehungsgründe der Condictionen und ihren Character vgl. Gans, Ueber Röm. Obligationenrecht (Heidelb. 1819.) S. 21. fgg.

r) l. 6. D. de reb. cred. (XII. 1.) „*Certum* est, cujus *species* vel *quantitas*, quae in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quae nominis vice fungitur, qualis quantaque sit, ostenditur . . . . . “ l. 74. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) „ . . . . . *Certum* est, quod ex ipsa pronunciatione apparet, quid, quale, quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum.“

s) l. 9. pr. u. §. 1. D. de reb. cred. (XII. 1.) „*Certi condictio* competit *ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur*, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto; licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio; . . . . . Competit haec actio etiam ex legati causa et ex lege Aquilia; sed et ex causa furtiva per hanc actionem condicitur, sed et si ex Senatusconsulto agetur, competit haec actio, ... “ l. 24. D. eod. „Si quis certum stipulatus fuerit, ... illa *condicticia actione* id persequi debet, *per quam certum petitur.*“ Nach dieſen Stellen muß man wohl annehmen, daß die certi condictio nicht blos auf baares Geld beſchränkt ſey, ſondern auch auf andere ſpeciell beſtimmte Sachen gehe. Daſſelbe Reſultat ergiebt ſich auch aus andern Stellen, z. B. Theophil. III. 15. pr. l. 17. §. 2. D. de act. rer. amot. (XXV. 2.), ingleichen wenn man die Aeußerung in der l. 9. §. 1. D. cit. „Sed *ex causa furtiva* per hanc actionem condicitur,“ vergleicht mit l. 8. pr. D. de condict furt. (XIII. 1.) „In re furtiva condictio *ipsorum corporum* competit; . . . . . “ Auch die alte, zu den legis actiones gehörige condictio hatte nicht blos certa pecunia, ſondern *omnis certa res* zu Gegenſtänden, Gaj. IV. §. 19., und ebenſo ging auch die neuere Condictionsformel auf Beydes. Gaj. IV. §. 33. „ . . . . . sive enim *pecuniam*, sive *rem aliquam certam* debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus, ... “ Vgl. auch Gans a. a. O. S. 29. fgg. Bethmann-Hollweg Verſuche über einz. Theile der Theor. d. Civilproz. (Berl. u. Stett. 1827.) S. 37 — 41. Zimmern's Rechtsgeſch. B. 3. §. 61. und Haſſe a. a. O. S. 54. fgg. (welcher Letztere jedoch der Anwendbarkeit der certi condictio einen zu weiten Umfang zu geben ſcheint.)

t) *Incertum* heißt hier nämlich Alles, was entweder nicht genau in Anſehung ſeines Umfangs oder ſeiner Beſchaffenheit beſtimmt iſt, l. 75. pr. D. de verb. obligat. (XLV. 1.), z. B. ein genus (§. 61.), oder eine hinſichtlich ihrer Qualität unbeſtimmt gelaſſene Quantität, oder eine zukünftige Sache, l. 75. §. 1. 2. u. 4. D. eod., ingleichen ein ſolches Object, deſſen Beſtimmung von der Wahl des Verpflichteten abhängt, l. 75. §. 8. D. eod., — oder aber, deſſen Werth nicht im Allgemeinen, ſondern nur nach einem relativen und ſubjectiven Maaßſtabe beſtimmt werden kann, z. B. ein Recht, ingleichen jedes zu leiſtende factum (außer dem dare). l. 75. §. 8. u. 7. D. eod. u. ſ. w. In dergleichen Fällen kann alſo das ſchuldige Object nur durch eine incerti condictio, wobey

das nach der Subjectivität der Betheiligten zu schätzende Interesse in Betracht kommt, eingeklagt werden, z. B. l. 5. §. 1. D. de usufr. ear. rer. (VII. 5.) l. 35. D. de servitut. praed. urb. (VIII. 2.) l. 3. D. de condict. sine caus. (XII. 7.) l. 12. §. 2. D. de condict. furt. (XIII. 1.) l. 5. §. 1. in f. u. l. 8. pr. D. de action. emt. et vend. (XIX. 1.) l. 2. §. 3. D. de donat. (XXXIX. 5.) u. s. w. Vgl. Gans a. a. O. S. 76. fgg. u. 88. fgg. und Mühlenbruch's Recension in d. Heidelb. Jahrb. von 1821. S. 60. fgg. Zimmern a. a. O. §. 62.

u) l. 1. D. de condict. tritic. (XIII. 3.) „Qui *certam pecuniam numeratam* petit, illa actione utitur, *si certum petetur*; ....." (Dieser Ausdruck kommt auch in zwey Titelrubriken vor: tit. D. de reb. cred., *si certum petetur*, et de condictione, [XII. 1.] u. tit. C. *si certum petatur*. [IV. 2.]) In Benennung jener Klage ist also *certum* im engern Sinne genommen für eine bestimmte Summe baaren Geldes, (wie z. B. auch in der l. 6. pr. u. §. 1. D. de confess. [XLII. 2.]) und es verhält sich demnach die actio, si certum petetur, zur certi condictio überhaupt, wie eine species zum genus. Indessen hält G. F. Heimbach Observ. jur. Roman. (Lips. 1834.) §. 1 — 4. nicht nur beyde Klagen für identisch (was auch mehrere Andere angenommen haben,) sondern will auch (wohin schon unter den Glossatoren die Meinung von Bulgarus ging,) blos baares Geld als den Gegenstand, worauf die certi condictio gerichtet sey, gelten lassen; doch scheint dieß mit den in den Noten r) u. s) angeführten Stellen unvereinbar.

v) l. 1. pr. D. de condict. tritic. (XIII. 3.) „..... qui autem *alias res*, per *triticiariam condictionem* petet. Et generaliter dicendum est, eas res per hanc actionem peti, *si quae sint praeter pecuniam numeratam*, sive in pondere, sive in mensura consistent, sive mobiles sint, sive soli. Quare fundum quoque per hanc actionem petimus, et si vectigalis sit, sive jus stipulatus quis sit, veluti usumfructum, vel servitutem utrorumque praediorum." Der Name dieser Klage ist am wahrscheinlichsten von *triticum* (Weizen) abzuleiten, so daß diese Getreydeart — ein für Rom wegen des häufigen Getreydemangels sehr wichtiger Gegenstand des Verkehrs — hierbey gleichsam als Repräsentant alles dessen, was nicht baares Geld ist, erscheint. Vgl. Gans a. a. O. S. 53., und über die gewöhnlichen, jedoch unrichtigen Ansichten von der condict. triticiaria S. 48. fgg. — Schon unter den Glossatoren herrschten verschiedene Meinungen über das Wesen dieser Klage und ihr Verhältniß zur certi condictio. Vgl. Haenel Dissens. Dominor. p. 155. u. 156. — Uebrigens kann die cond. triticiaria nach Verschiedenheit der Gegenstände, worauf sie gerichtet ist, bald eine certi, bald eine incerti condictio seyn, und daraus ist auch wohl die so seltene Erwähnung dieses Namens, der überhaupt nur zweymal in unsern Quellen (nämlich in der l. 1. D. cit. und in der Ueberschrift dieses Titels) vorkommt, zu erklären. Vgl. Gans a. a. O. S. 86 — 88.

x) z. B. condictio sine causa, condict. causa data causa non secuta, condict. ob turpem vel injustam causam, c. indebiti u. s. w.

y) L. un. D. de condict. ex lege. (XIII. 2.) „Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.“ Dafür kommt in der l. 28. D. ad leg. Jul. de adult. (XLVIII. 5.) der Ausdruck: condictio, quae ex lege descendit, vor. Insbesondere heißen auch die durch kaiserliche Constitutionen eingeführten, und nicht mit einem eigenthümlichen Namen bezeichneten, persönlichen Klagen ex lege condicticiae oder condictiones. §. 24. u. 25. I. h. t. l. 12. §. 1. in f. C. de petit. hered. (III. 31.) — Unsere Juristen pflegen diesen Namen für jede, im corpus juris ohne Namen vorkommende Klage zu brauchen, und sie nach der Stelle, wo sie sich findet, zu bezeichnen, z. B. condictio ex lege XXXV. Cod. de donationibus (VIII. 54.).

Zusatz 1. In der Mitte zwischen persönlichen und dinglichen Klagen stehen: 1) die *actiones in rem scriptae* (ein Ausdruck, der nur in der l. 9. §. 8. D. quod metus causa gest. er. [IV. 2.] vorkommt,) d. h. solche Klagen, welche zwar aus einer obligatorischen Handlung entspringen, aber nicht blos gegen den Urheber derselben, sondern auch gegen Andere, die mittelbar und folgeweise dabey betheiligt sind, angestellt werden können, (welche Begriffsbestimmung zwar von der gewöhnlichen Ansicht abweicht, aber durch folgende Stellen gerechtfertigt erscheint: l. 9. §. 8. D. cit. l. l. 14. §. 3. D. eod. l. 12. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.) arg. l. 1. §. 13. D. quod legat. (XLIII. 3.) l. 5. §. 13. D. quod vi aut clam. (XLIII. 24.)) — 2) diejenigen Klagen, von denen es im §. 20. I. h. t. heißt: „mixtam causam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam,“ und welche daher gewöhnlich mixtae actiones genannt zu werden pflegen. Dahin werden §. cit. I. die familiae erciscundae actio, die communi dividundo, und die finium regundorum gerechnet, höchst wahrscheinlich um deßwillen, weil diese drey Klagen theils auf einem dinglichen Rechte, theils aber auch auf einem Obligationsverhältnisse unter den Partheyen in Bezug auf die Sache, an der Beyde ein Recht haben, beruhen, und eben deßhalb auch auf die Verfolgung der daraus entsprungenen persönlichen Ansprüche gerichtet sind. Theophil. IV. 6. §. 20. l. 22. §. 4. D. famil. ercisc. (X. 2.) l. 3. pr. u. l. 4. §. 3. D. comm. divid. (X. 3.) l. 1. D. fin. reg. (X. 1.) Aus der letztern Rücksicht werden jedoch diese drey Klagen in der l. 1. §. 1. C. de annal. except. (VII. 40.) zu den persönlichen Klagen gezählt, und eben darum wird auch von Manchen (z. B. von Löhr im Magaz. für Rechtswiss. und Gesetzg. B. 4. Nr. 2., Fritz a. a. O. S. 82. u. 83.) die Statthaftigkeit des Begriffs von gemischten Klagen im angegebenen Sinne bestritten. S. jedoch die Bemerkungen zum §. cit. I. in der Ausgabe von Schrader. Uebrigens werden jene drey Klagen in der l. 37. §. 1. D. h. t. *mixtae actiones* genannt, jedoch nicht in dem hierher gehörigen, sondern in dem Sinne, in welchem sie anderwärts namentlich l. 2. §. 1. D. comm. divid., *duplicia judicia* heißen. Vgl. §. 108. — In d. l. 7. C. de petit. hered. (III. 31.) wird die hereditatis petitio als *mixta personalis* actio bezeichnet.

Zusatz 2. Solche persönliche Klagen, bey denen der Grund oder Zweck oder eine andere bestimmte Eigenschaft durch einen Beysatz näher bezeichnet wird, heißen bey den Neuern *actiones adjecticiae qualitatis*, insbesondere dann, wenn durch einen solchen Beysatz der besondere Grund angedeutet werden soll, vermöge dessen Jemand aus der verbindlichen Handlung eines Andern belangt werden kann, z. B. de peculio, oder de in rem verso actio u. dgl. Auch im Röm. Recht kommt *adjectio* für einen Beysatz zu einer Klage vor. l. 19. in f. D. de in rem verso. (XV. 3.)

§. 105.

C) Nach dem Zweck der Verfolgung.

In Ansehung ihres Zweckes sind die actiones entweder rei persequendae gratia comparatae, oder poenae persequendae, oder mixtae [a]). — *Rei persequendae causa comparatae* [d]) (bey den Neuern rei persecutoriae) heißen solche Klagen, wodurch Jemand, ohne Rücksicht auf eine Privatstrafe, blos das Seinige, oder das, was ihm gebührt, verfolgt. In diese Kategorie gehören alle dinglichen Klagen, und unter den persönlichen fast alle, die aus einem Contract oder contractähnlichen Verhältnisse entspringen [c]), aber auch manche aus unerlaubten Handlungen herrührende Klagen, sofern sie nämlich nur auf Herausgabe der Sache, oder auf einfachen Schadenersatz gerichtet sind [d]). *Tantum poenae persequendae causa comparatae*, gewöhnlicher *poenales actiones* (s. a. u.), heißen solche Klagen, welche auf Erlegung einer Privatstrafe gehen [e]), und *tam poenae, quam rei persequendae* oder *mixtae actiones* (in dem hierher gehörigen Sinne) heißen diejenigen Klagen, welche sowohl auf Herausgabe der Sache oder Schadenersatz, als auf Erlegung einer Privatstrafe gerichtet sind [f]). Die beyden letztern Arten der Klagen setzen allemal eine Widerrechtlichkeit oder unerlaubte Handlung voraus [g]), sind jedoch hinsichtlich ihres Gegenstandes wiederum sehr verschieden. Denn bald kann der Kläger eine erst mittelst einer arbiträren Schätzung zu bestimmende Summe verlangen [h]), bald ein absolut bestimmtes Quantum [i]), bald eine relativ bestimmte Summe, und zwar entweder das Einfache (*simplum*), d. h. den einfachen (wenn auch höchsten) Werth oder Ersatz des in Frage stehenden Gegenstandes [k]), oder das Doppelte (*du-*

plum), oder das Dreyfache (*triplum*), oder das Vierfache (*quadruplum*), über welches hinaus aber niemals eine Klage gehen kann [l]). — Außerdem unterscheiden sich hinsichtlich des Zweckes von den gewöhnlichen Klagen auch die *praejudiciales* formulae oder actiones, meistens *praejudicia* schlechthin genannt [m]). So heißen nämlich überhaupt solche Klagen, welche nicht sowohl auf die Verurtheilung eines bestimmten Beklagten, als vielmehr nur auf die vorläufige Entscheidung einer jetzt in Untersuchung begriffenen Frage gerichtet sind, z. B. wenn gefragt wird, wie viel eine dos betrage [n]). Insbesondere aber gehören zu den Präjudicialklagen diejenigen, welche sich auf den Rechtszustand eines Menschen beziehen, und dessen Ausmittelung zum Gegenstand haben [o]). Es sind nämlich die bey solchen Klagen zu erörternden Fragen von der Art, daß von ihrer Entscheidung die nachherige Bestimmung gewisser Rechte und Verbindlichkeiten abhängt [p]). Daher auch der Name dieser Klagen von *praejudicium*, d. h. eine vorläufige Untersuchung, oder die vorgängige Entscheidung einer Frage, die auf die nachherige Entscheidung einer andern Frage Einfluß hat, und ihr gewissermaaßen zum Muster dient [q]).

a) Gaj. IV. §. 6. — §. 16. I. h. t.

b) Statt dieses Ausdrucks kommen auch ähnliche Umschreibungen der hierher gehörigen Klagen vor, z. B. actio rei persecutionem continet, (oder habet), oder pertinet ad rei persecutionem, oder in ea rei persecutio continetur u. dgl. l. 4. §. 6. u. l. 7. D. de alienat. judic. mut. caus. (IV. 7.) l. 7. §. 2. D. de condict. furt. (XIII. 1.) l. 3. §. 1. D. si quid in fraud. patron. (XXXVIII. 5.) l. 3. §. 1. D. de vi. (XLIII. 16.) In der l. 35. pr. D. h. t. werden diese Klagen so definirt: „Illae . . . . . rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest.“

c) Gaj. IV. §. 7. — §. 17. I. h. t. Indessen leidet diese Regel bey manchen persönlichen Klagen aus Contracten oder contractähnlichen Verhältnissen Ausnahmen. So geht z. B. die depositi actio unter gewissen Voraussetzungen auf das Doppelte, und ist alsdann eine mixta actio, und ebenso auch die Klage wegen eines einer pia causa hinterlassenen Vermächtnisses. §. 17. 19. u. 26. I. h. t.

d) Z. B. die condictio furtiva, l. 7. §. 1. u. 2. D. de condict. furt. (XIII. 1.), die rerum amotarum actio, l. 21. §. 5. D. de act. rer. amot. (XXV. 2.)

e) Dahin gehört z. B. die actio furti und injuriarum. Gaj. IV. §. 8. §. 18. I. h. t.

f) Von dieſer Art iſt z. B. die legis Aquiliae actio, ingleichen die vi bonorum raptorum actio, §. 19. I. h. t., obgleich die Letztere nach der Meinung mancher ältern Röm. Juriſten für eine reine Pönalklage galt. Gaj. IV. §. 8. Ferner gehören in dieſe Kategorie auch diejenigen Klagen, die erſt in Folge eines widerrechtlichen Leugnens von Seiten des Beklagten auf das Doppelte gehen. Gaj. IV. §. 9. u. 171. Paul. I. 19. §. 1. §. 19. u. 26. I. h. t. §. 7. I. de obligat. quasi ex contract. (III. 27. od. 28.) Uebrigens werden die mixtae actiones zuweilen auch *poenales* genannt, z. B. §. 9. I. de lege Aquil. (IV. 3.) l. 23. §. 8. D. eod. (IX. 2.) l. 2. §. 27. D. vi bon. rapt. (XLVII. 8.)

g) Daher heißen ſie auch *ex maleficiis proditae actiones*. §. 18. I. h. t. Uebrigens kann eine ſolche Widerrechtlichkeit, wodurch eine poenalis oder mixta actio begründet wird, nicht blos an und für ſich vorkommen, ſondern auch bey Gelegenheit eines ſchon vorhandenen Obligationsverhältniſſes, z. B. §. 6. u. 7. I. de obligat., quae ex delict. (IV. 1.) l. 7. §. 8. u. l. 42. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) woraus es auch erklärbar wird, daß manche, aus einem Contract oder contractähnlichen Verhältniſſe entſpringende Klagen mixtae actiones ſind. Vgl. Note c).

h) Z. B. bey der injuriarum actio, Gaj. III. §. 224. §. 7. u. 9. I. de injur. (IV. 4.) Vgl. auch l. 5. §. 1. D. ne quis eum, qui in jus vocab. (II. 7.)

i) l. 7. pr. D. de jurisdict. (II. 1.)

k) Z. B. bey der legis Aquiliae actio. Gaj. III. §. 210. 212. 214. u. 218. §. 19. I. h. t., ingleichen bey der vi bonorum raptorum actio, wenn ſie erſt nach Jahresfriſt angeſtellt wird. pr. I. de vi bon. rapt. (IV. 2.)

l) §. 21 — 27. I. h. t. Uebrigens iſt der Unterſchied zwiſchen Klagen, die nur auf das Einfache gerichtet ſind (in simplum conceptae), und ſolchen, die auf das Mehrfache gehen, nicht blos auf die, aus unerlaubten Handlungen entſpringenden beſchränkt, ſondern auch auf die bey erlaubten Verhältniſſen vorkommenden Klagen anwendbar. §. 21 — 23. u. 26. I. h. t. Vgl. auch die Noten c) u. d).

m) Gaj. IV. §. 44. §. 13. I. h. t. l. 1. §. 2. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 3. §. 2. 4. u. 5. u. l. 5. §. 18. D. de agnosc. lib. (XXV. 3.)

n) Gaj. IV. 44. „ . . . . . sicut in *praejudicialibus formulis*, qualis est, qua quaeritur, aliquis libertus sit, vel *quanta dos sit*, et aliae complures. Andere Beyſpiele von Fragen, die ſich zur Erörterung in einem praejudicium eignen, kommen vor bey Gaj. III. §. 123. Paul. V. 9. §. 1. l. 30. D. de reb. auct. jud. possid. (XLII. 5.) Vgl. auch Note o). — Bey Theophil. IV. 6. §. 13. wird *praejudicium* ſo definirt: „*τύπος ἀπὸ ἐντεύξεως μόνης συγκείμενος, οὐδὲ γὰρ ἔχει καταδίκην ἐν ἑαυτῇ*“ (formula ex sola intentione constans, neque enim condemnationem in se habet). Dies bezieht ſich nämlich auf die Beſtandtheile der alten formulae (Gaj. IV. §. 39.), und ſtimmt ganz mit dem überein, was Gaj. IV. §. 44. bemerkt. „(Ne-

quo tamen semper) fstae omnes partes simul inveniuntur, ... *certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in praejudicialibus formulis* . . . . . “, so daß die früher von manchen Gelehrten dem Theophilus wegen seiner Definition gemachten Vorwürfe (s. die Noten zu jener Stelle in d. Ausg. von Reitz) sich nach der Entdeckung von Gajus als ganz ungerecht erwiesen haben. — Auch die „simplex petitio, cum quaeritur, in quo jure sit res aut persona,“ bey Jul. Victor, Ars rhetor. III. 5. ist ohne Zweifel auf die praejudicialis formula zu beziehen. Vgl. Schrader in d. Tüb. Krit. Zeitsch. B. 1. H. 2. S. 144. u. 145. — Uebrigens ist es daraus, daß das praejudicium zunächst nicht auf die Verurtheilung eines Beklagten gerichtet ist, erklärbar, warum es in der l. 35. §. 2. D. de procurat. (III. 3.) von *actio* unterschieden wird, obgleich es nach der l. 37. pr. D. h. t. allerdings mit unter diesen Begriff gehört, wie sich auch aus den Ausdrücken: praejudicialis formula und praejudicialis actio, ergiebt.

o) Gaj. IV. 44. (in verb. „qualis est, qua quaeritur, *aliquis libertus sit*,“) §. 13. I. h. t. „*Praejudiciales actiones* . . . . . , quales sunt, per quas quaeritur, *an aliquis liber, vel libertus sit, vel de partu agnoscendo.*“ Aehnliche Beyspiele von Präjudicialklagen, die sich auf den status beziehen, kommen vor in der l. 1. §. 2. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 18. pr. D. de probat. (XXII. 3.) l. 3. §. 2. 4. u. 5. u. l. 5. §. 18. D. de agnosc. lib. (XXV. 3.) l. 6. D. si ingen. esse dic. (XL. 14.) l. 19. Th. C. de episc. (XVI. 2.) l. 9. J. C. de patr. potest. (VIII. 47.) — In Bezug auf den Proceß über den Freyheitszustand eines Menschen (liberalis causa, oder liberale judicium) kommt auch das Wort *vindicare* vor, z. B. libertatem vindicare, l. 40. §. 1. D. de testam. mil. (XXIX. 1.), in libertatem vindicare, l. 12. pr. D. ad exhib. (X. 4.) l. 3. pr. D. de liberal. caus. (XL. 12.), ex servitute aut libertinitate in ingenuitatem vindicare, l. 32. D. eod., so wie auch der Ausdruck: *vindicias dare* oder *dicere* für das Ertheilen eines richterlichen Ausspruchs in einem solchen Processe. Liv. III. c. 44. u. l. 2. §. 24. D. de orig. jur. (I. 2.) Es scheint demnach im ältern Rechte der Freyheitsproceß eine eigentliche Vindication gewesen, und erst späterhin in eine praejudicialis formula oder actio übergegangen zu seyn. Nach Zimmern's Meinung in der Rechtsgesch. B. 3. §. 66. Note 7. soll sogar noch im neuesten Röm. Recht jener Proceß in dem Falle, wenn der Herr als Kläger auftritt, die Natur einer wahren Vindication haben. — Uebrigens werden in der l. 1. §. 2. D. de rei vindic. die praejudicia, jedoch nur im Bezug auf freye Personen, den Vindicationen entgegengesetzt.

p) So ist z. B. von der Entscheidung über die Vaterschaft der Anspruch des Kindes auf Alimentation, ingleichen das Intestaterbrecht desselben gegen den Vater abhängig, u. s. w. Theophil. IV. 6. §. 13. l. 18. pr. D. de probat. (XXII. 3.) l. 6. D. si ingen. esse dic. (XL. 14.) l. 3. §. 2 — 5. u. l. 5. §. 18. D. de agnosc. lib. (XXV. 3.) Auch haben die auf den status sich beziehenden Präjudicialklagen das Eigene, daß die Wirk-

samkeit des darin gesprochenen richterlichen Urtheils in der Regel sich nicht blos auf die streitenden Partheyen beschränkt, sondern auch auf Andere erstreckt. Wer daher durch ein solches Urtheil z. B. für das ächte Kind eines bestimmten Mannes erklärt ist, muß auch von den Verwandten desselben als Familienglied anerkannt werden. l. 1. §. 16. l. 2. u. l. 3. pr. D. eod. S. jedoch §. 27. Zus. 1. u. l. 5. D. si ingen. esse dic. (XL. 14.) u. l. 42. D. de liber. caus. (XL. 12.)

q) Quintil. Inst. orat. V. 2. — l. 16. 18. u. 21. D. de except. (XLIV. 1.) Auch der Einfluß selbst, welchen die Entscheidung einer Sache auf eine andere Untersuchung und Entscheidung hat, heißt *praejudicium*, l. 10. D. de his, qui sui vel al. jur. sunt (I. 6.) l. 54. D. de judic. (V. 1.), und aus dieser letztern Bedeutung ist es wohl abzuleiten, daß *praejudicium* zuweilen auch ganz allgemein einen Schaden oder Nachtheil bezeichnet, z. B. l. 4. §. 4. u. l. 5. pr. D. de appellat. (XLIX. 1.) Vgl. übrigens auch Mühlenbruch's Entwurf des Civilproc. (Halle 1827.) S. 28. u. 29. Anm. 3. u. des Verfassers Bemerk. ꝛc. S. 269. fg.

§. 106.

D) Nach dem Umfang der in Anspruch genommenen Objecte.

In dieser Hinsicht sind die actiones entweder *de universitate propositae* (bey den Neuern gewöhnlich actiones universales genannt), d. h. solche, welche die Gesammtheit eines Vermögens zum Gegenstand haben [a]), oder *generales* act. d. h. solche, welche sich auf eine Mehrheit von Rechten und Verbindlichkeiten, die mit einander in einer gewissen Verbindung stehen, beziehen [b]), oder *speciales* act., d. h. solche, welche nur auf einzelne Leistungen oder Sachen, oder auch auf eine Mehrheit körperlicher, zu einer gemeinschaftlichen Gattung gehöriger Sachen (sog. universitas facti, z. B. eine Viehheerde, §. 62.) gerichtet sind [c]). — Die generales actiones haben, da sie verschiedene Gegenstände unter sich begreifen, das Eigene, daß sie mehrmals gegen denselben Beklagten, nur freylich wegen anderer, als den schon klagbar gemachten Puncte, angestellt werden können, ohne daß ihnen die Einrede der bereits entschiedenen Sache (exceptio rei judicatae) entgegensteht [d]). — Uebrigens kommen die Ausdrücke *actio specialis* und *generalis* auch in einer andern, hierher nicht gehörigen Bedeutung vor, jener nämlich für eine solche Klage, die nur in einem besondern Falle, dieser aber für eine solche, die in mehrern ähnlichen Fällen eintritt [e]).

a) l. 1. pr. D. de rei vindic. (VI. 1.) Dahin gehört z. B. die hereditatis petitio.

b) Von dieſer Art ſind z. B. die aus der Societät, der Geſchäftsführung, der Verwaltung einer Vormundſchaft entſpringenden Klagen. l. 38. pr. D. pro socio. (XVII. 2.)

c) l. 38. pr. D. cit. l. 1. §. 1. u. 8. u. l. 78. pr. D. de rei vindic.

d) l. 2. C. de judic. (III. 1.)

e) l. 1. §. 17. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.)

§. 107.

E) Nach der Befähigung zu klagen.

Tit. D. de popularibus actionibus. (XLVII. 23.)

Auf die Befähigung zu klagen bezieht ſich die Eintheilung der Klagen in *privatae* actiones, d. h. ſolche, welche man in ſeinen Privatangelegenheiten anzuſtellen befugt iſt, und *publicae* oder *populares* actiones (n. a. u.), d. h. welche aus Rückſicht auf ein allgemeines Intereſſe Jeder aus dem Volke (der nicht aus einem beſondern Grunde davon ausgeſchloſſen iſt,) anſtellen kann [a]). „Eam *popularem* actionem dicimus, quae suum jus populi tuetur“ [b]), oder „ubi quis quasi unus ex populo agit“ [c]). Klagen dieſer Art, welche bey den Römern hauptſächlich dazu dienten, manchen Mängeln in ihren policeylichen Einrichtungen abzuhelfen, treten bey ſolchen unerlaubten Handlungen ein, bey welchen das öffentliche Intereſſe gewiſſermaaßen in's Spiel kommt, und ſind auf Erlegung einer Privatſtrafe gerichtet [d]). Finden ſich Mehrere zur Anſtellung einer ſolchen Klage bereit, ſo hat derjenige den Vorzug, welcher entweder vom Prätor, als der Tauglichſte, ausgewählt wird, oder bey dem Vorfall, worin die Veranlaſſung zu einer ſolchen Klage liegt, beſonders intereſſirt iſt [e]). Doch ſind von ihrer Anſtellung theils infames (§. 37.) ausgeſchloſſen [f]), theils auch Frauensperſonen und Unmündige, außer wenn durch die factiſche Veranlaſſung einer ſolchen Klage ihr Intereſſe unmittelbar berührt wird [g]).

a) l. 42. pr. D. de procurator. (III. 3.) l. 30. §. 3. D. de jurejur. (XII. 2.)

b) l. 1. D. h. t.

c) l. 43. §. 2. D. de procurator.

d) Beyspiele davon kommen vor in der l. 7. pr. D. de jurisdict. (II. 1.) l. 1. pr. u. §. 5. l. 5. §. 5. 6. u. 13. D. de his, qui effud. (IX. 3.)

e) l. 2. u. 3. §. 1. D. h. t.

f) l. 4. D. h. t.

g) l. 6. D. h. t.

§. 108.

F) Nach dem gegenseitigen Verhältnisse der Partheyen.

Auf das gegenseitige Verhältniß der Partheyen bezieht sich: 1) der Begriff und die Eigenthümlichkeit der **duplicia judicia**, in deren Gegensatz alle übrigen Klagen **simplicia judicia** zu nennen sind [a]). Während nämlich bey klagbaren Rechtsverhältnissen in der Regel nur der Eine Kläger, und nur der Andere Beklagter seyn kann, und in dieser Hinsicht die gewöhnlichen Klagen *simplicia judicia* heißen [b]), so kommt dagegen bey den (schon im Zusatz 1. zum §. 104. angeführten) drey Theilungsklagen, der **familiae erciscundae, communi dividundo** und **finium regundorum actio**, das Besondere vor, daß hier Jeder der streitenden Theile Kläger und Beklagter zugleich ist, und daher auch Jeder dem Andern zu gewissen Leistungen verurtheilt werden kann; wovon der Grund in der Gleichheit ihres Rechtsverhältnisses in Bezug auf den nämlichen Gegenstand liegt [c]). Eben deßhalb heißen jene drey Klagen *duplicia judicia* [d]), oder auch wegen der dießfallsigen Mischung der Partheyrollen: *mixtae* **actiones** [e]). Doch wird als Kläger im eigentlichen Sinne derjenige Interessent angesehen, welcher zuerst vor der Obrigkeit aufgetreten ist [f]), und wenn Beyde zugleich den Proceß anfangen, so wird es durch das Loos entschieden, Wer von ihnen Kläger seyn soll [g]). — 2) Die Eintheilung der Klagen in **directae** und **contrariae actiones**, oder **directa** und **contraria judicia** (s. a. u.) [h]). *Directae actiones* heißen nämlich in diesem Gegensatz: Hauptklagen, d. h. solche, welche auf Erfüllung der im Rechtsverhältnisse wesentlich liegenden Verbindlichkeiten gehen; und für Klagen dieser Art kommen auch die Benennungen *principalis actio* und *rectum judicium* vor [i]). *Contrariae actiones* (Gegen-

klagen) aber heißen solche, welche auf Geltendmachung der zufällig aus dem Rechtsverhältnisse hervorgehenden Gegenansprüche, insbesondere auf Entschädigung, gerichtet sind [k]). Dieser Unterschied der Klagen kommt bey solchen Obligationsverhältnissen vor, aus welchen für beyde Interessenten gegenseitige Verbindlichkeiten entstehen, oder doch entstehen können. Wenn nämlich auf beyden Seiten wesentliche, d. h. in der Natur des Rechtsverhältnisses nothwendig begründete Verbindlichkeiten Statt finden, (wie z. B. bey dem Kauf-, Pacht- oder Miethcontract, bey der Societät,) so entspringen aus einem solchen Rechtsverhältnisse zwey directae actiones. Tritt dagegen nur für den einen Interessenten eine wesentliche Verbindlichkeit ein, für den andern aber nur eine zufällige, sey es durch irgend eine Verschuldung von seiner Seite, oder durch Verwendungen, die für ihn vom andern Interessenten gemacht worden sind, (wie z. B. beym Leihcontract, beym Niederlegungscontract, bey der Geschäftsführung, bey der Verwaltung einer Vormundschaft u. dgl.), so findet nur gegen den Erstern eine directa, gegen den Letztern dagegen nur eine contraria actio Statt [l]). Es kann nun aber eine contraria actio, auch ohne eine vorhergegangene directa, angestellt werden [m]); doch fällt sie alsdann weg, wenn der ihr zum Grunde liegende Gegenanspruch bereits bey der directa actio des andern Interessenten zur Sprache gebracht, und vom Richter als unbegründet verworfen worden ist [n]). Wenn übrigens bey einem Rechtsverhältnisse der beschriebenen Art in unsern Quellen eine Klage ohne nähere Bestimmung, ob es eine directa, oder contraria actio sey, erwähnt wird, so ist zwar nicht immer, aber doch gewöhnlich die directa gemeint [o]).

a) Nach der Analogie der Eintheilung der interdicta in *simplicia* und *duplicia*. Gaj. IV. §. 156 — 160. §. 7. I. de interdict. (IV. 15.)

b) arg. Gaj. IV. §. 157. u. §. 7. I. cit. . . . . *Simplicia* sunt, veluti in quibus alter actor, alter reus est; . . . . namque *actor* est, qui desiderat . . . . . , *reus* is, a quo desideratur, ...“

c) l. 10. D. fin. regund. (X. 1.) „Judicium communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum tale est, *ut in eo singulae personae duplex jus habeant, agentis, et ejus, quocum agitur.*“ l. 2. §. 3. D. famil. ercisc. (X. 2.) „In familiae erciscundae judicio *unusquisque heredum et rei, et actoris partes sustinet.*“ l. 2. §. 1. D. comm. divid. (X. 3.) „In tribus dupli-

cibus judiciis: familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum, quaeritur, quis actor intelligatur, *quia par causa omnium videtur*; . . . .“

d) l. 2. §. 1. D. cit. — arg. Gaj. IV. §. 160. u. §. 7. I. de interdict. (IV. 15.) „. . . . ideo autem *duplicia* vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei, quam actoris partem sustinet.“

e) l. 37. §. 1. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) „*Mixtae* sunt actiones, in quibus uterque actor est, utputa fin. reg., fam. ercisc., comm. divid., ...“

f) l. 2. §. 1. D. comm. divid. (X. 3.) „. . . . sed magis placuit, *eum videri actorem, qui ad judicium provocasset.*“ l. 13. D. de judic. (V. 1.)

g) l. 14. D. eod.

h) §. 2. I. de poena temere litig. (IV. 16.) l. 20. D. de negot. gest. (III. 5.)

i) l. 17. §. 1. u. l. 18. §. 4. D. commodat. (XIII. 6.)

k) l. 6. §. 7. D. de his, qui notant. infam. (III. 2.) „. . . . *in contrariis* non de perfidia agitur, sed de *calculo*, qui fere judicio solet dirimi.“

l) §. 2. I. de poena temere litig. (IV. 16.) u. Theophil. dazu. l. 28. D. de minor. (IV. 4.) l. 14. D. de Public. in rem act. (VI. 2.) l. 18. §. 2 – 4. u. l. 22. D. commodat. (XIII. 6.) l. 1. §. 1. u. l. 16. §. 1. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 1. pr. §. 2. u. 4 – 8. D. de contrar. tutel. act. (XXVII. 4.) — Uebrigens ſcheint bey Cic. de offic. III. 17. der Ausdruck *judicia contraria* nicht in dem techniſchen Sinne, als Gegenſatz der directa judicia, genommen zu ſeyn, da unter den Rechtsverhältniſſen, bey denen ſie vorkommen ſollen, auch die societates, res emtae venditae, conductae locatae, erwähnt werden.

m) l. 17. §. 1. D. commodat. (XIII. 6.)

n) l. 8. §. 2. D. de negot. gest. (III. 5.)

o) 3. B. §. 4. I. quib. mod. re contrah. (III. 14. od. 15.) §. 11. u. 13. I. de mandat. (III. 26. od. 27.) §. 2. I. de obligat. quasi ex contract. (III. 27. od. 28.) l. 3. §. 9. u. 10. D. de negot. gest. l. 1. §. 2. u. l. 2. D. commodat. (XIII. 6.) l. 1. §. 11 – 34. D. depos. (XVI. 3.) l. 1. pr. – §. 3. D. de tutel. et ration. distrah. (XXVII. 3.) l. 1. §. 4. u. 8. D. de contrar. tutel. act. (XXVII. 4.) u. ſ. w. — Die contraria actio aber iſt gemeint z. B. l. 2. l. 4. l. 6. §. 1. D. de negot. gest. l. 45. pr. u. §. 4. D. mandat. (XVII. 1.) u. ſ. w. Bisweilen bezieht ſich in einer und derſelben Stelle die mehrmalige Erwähnung einer Klage bald auf die directa, bald auf die contraria actio, z. B. l. 41. u. l. 45. §. 5. D. eod. — Uebrigens wird im Juſtinianiſchen Rechte die contraria actio öfters auch durch das Wort

contra angedeutet, z. B. in den Titelrubriken: **commodati vel *contra*, de pignorat. act. vel *contra*, depos. vel *contra*, mandati vel *contra*.**

Zuſatz. Der Ausdruck ***directa actio*** (oder **directum judicium**) kommt, auch abgeſehen von der Bedeutung, die er im Gegenſatz von **utilis actio** hat (§. 103.), auch noch in andern Bedeutungen und Gegenſätzen vor. So bezeichnet er bisweilen die Hauptklage, im Gegenſatz einer blos präparatoriſchen Klage, l. 3. §. 13. u. l. 17. D. ad exhibend. (X. 4.), bisweilen auch eine Klage, die unmittelbar gegen den Urheber einer unerlaubten Handlung angeſtellt werden kann, im Gegenſatz der aus der unerlaubten Handlung eines Sklaven gegen den Herrn deſſelben Statt findenden ***noxalis actio***. §. 5. I. de noxal. act. (IV. 8.) l. 26. §. 4. D. eod. (IX. 4.) — Der Ausdruck ***actio contraria*** aber kommt in der l. 8. pr. D. si servit. vindic. (VIII. 5.) in Bezug auf Servituten vor, zur Bezeichnung der gegen die Anmaaßung einer Servitut gerichteten Klage, die ſonſt gewöhnlich **negatoria** (oder **negativa**) **actio** heißt. Uebrigens iſt von der **contraria actio** oder dem **contrar. judic.** im oben angegebenen Sinne dasjenige ***contrarium judicium*** zu unterſcheiden, welches im ältern Röm. Rechte in manchen Fällen gegen einen Kläger, der den Proceß verloren hatte, zur Strafe des leichtſinnigen Proceſſirens Statt fand. **Gaj. IV. §. 174. u. 177 — 179.**

§. 109.

G) Nach der gerichtlichen Behandlung.

In Hinſicht auf die Verſchiedenheit der gerichtlichen Behandlung ſind die Klagen entweder **stricti juris** oder **bonae fidei judicia** oder **actiones** (ſ. a. u.) [a]; welche Eintheilung ſich vorzugsweiſe auf die perſönlichen Klagen bezieht [b]. ***Stricti juris actiones*** (auch ***stricta judicia*** [c]), ingleichen ***actiones stricti judicii*** [d]), und bey Cicero ***judicia*** ſchlechthin und vorzugsweiſe genannt [e]),) ſind ſolche Klagen, bey welchen die Entſcheidung lediglich nach den Grundſätzen des ſtrengen Rechts (strictum jus), ohne weitere Rückſicht auf Billigkeit (aequitas), geſchehen muß [f]). ***Bonae fidei actiones*** aber (bey Cicero auch ***arbitria*** genannt [g]),) ſind diejenigen Klagen, bey denen der Richter freyern Spielraum hat, nach billigem Ermeſſen zu beſtimmen, was dem Kläger geleiſtet werden ſolle, („in bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat") [h]). — Bey einer stricti juris actio drückte ehe-

dem (solange nämlich im regelmäßigen Proceßgang die Functionen des magistratus und des von ihm durch eine formula instruirten judex unterschieden wurden, §. 111.) der magistratus in der Instructionsformel für den judex allemal selbst das aus, worein der Beklagte in Gemäßheit der Forderung des Klägers, wenn sie klar oder bewiesen wäre, verurtheilt werden sollte; und an diese Instructionsformel war der Richter streng gebunden, so daß er auch Einreden des Beklagten gegen die Klage bey der Entscheidung nur dann berücksichtigen konnte, wenn sie von dem Beklagten schon vor dem magistratus vorgebracht, und von diesem in die Instructionsformel mit aufgenommen worden waren [i]). Bey einer bonae fidei actio aber überließ der magistratus die Entscheidung über den klagbar gemachten Anspruch mehr dem freyen und billigen Ermessen des Richters, (der hier bisweilen auch arbiter heißt [k]),) und dieß wurde in der Instructionsformel durch folgende Redensarten ausgedrückt: *ex fide bona* [l]), oder *ut inter bonos bene agier oportet* [m]), oder *quantum* oder *quod aequius melius*, (a. u.) [n]) u. dgl. Daher liegt es bey diesen Klagen schon im officium judicis, alle die Rücksichten zu nehmen, welche die aequitas fordert [o]), und mithin auf der einen Seite dem Kläger, außer der Hauptsache, auch gewisse, zwar nicht auf einer ausdrücklichen Willenserklärung beruhende, aber doch der Billigkeit angemessene Nebenleistungen, z. B. Verzugszinsen, zuzusprechen [p]), auf der andern Seite aber auch die etwa vorhandenen Gegenansprüche des Beklagten; so wie überhaupt dessen Einreden, auch wenn sie nicht schon bey der Verhandlung vor dem magistratus vorgebracht, und von diesem mit in die Instructionsformel aufgenommen worden waren, bey der Entscheidung der Sache zu berücksichtigen [q]). In dieser Hinsicht heißt es in unsern Quellen: bonae fidei judicio exceptiones insunt, oder: hoc judicium continet in se doli mali exceptionem u. dgl. [r]). Sonach kann es bey einer bonae fidei actio kommen, daß der Kläger weniger erlangt, als er gefordert hat, während er dagegen bey einer stricti juris actio allemal das ganze streitige Object entweder gewinnen oder verlieren muß [s]). — Die bonae fidei actiones entspringen nun größtentheils aus gegenseitig verpflichtenden Obligationsverhältnissen, auf denen der gewöhnliche Verkehr beruht (quibus vitae societas con-

tinetur) [t]), und bey weitem die meiſten Klagen gehören in dieſe Kategorie [u]). Die stricti juris actiones dagegen entſtehen aus einſeitigen Verpflichtungsgründen, wo alſo eine Klage auf eine Gegenleiſtung aus demſelben Rechtsgrunde nicht Statt findet [v]), und es gehören überhaupt alle, auf ein dari oportere gerichteten, perſönlichen Klagen, alſo die condictiones im engern Sinne (§. 104.), zu den stricti juris actiones [x]), ſelbſt dann, wenn ſie auch ihrem Grunde nach ſchon aus dem natürlichen Recht oder dem jus gentium abzuleiten ſind [y]). — Uebrigens bilden noch eine beſondere, hierher gehörige Art der Klagen die *arbitrariae actiones*. So heißen nämlich ſolche Klagen, ſie mögen dingliche oder perſönliche ſeyn, bey welchen der Richter ermächtiget iſt, eine vorläufige Verfügung (arbitrium) auf Befriedigung des Klägers zu erlaſſen, und erſt bey unterbliebener Befolgung derſelben den Beklagten in eine nach den Umſtänden zu beſtimmende Geldſumme zu verurtheilen [z]).

a) §. 28. I. h. t. „Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti juris. . .“ l. 3. §. 2. D. commodat. (XIII. 6.) — Ueber dieſen Unterſchied der Klagen vgl. insbeſondere Gans, Ueber Röm. Obligationenrecht, Abh. 1. u. 2., u. Mühlenbruch's Recenſ. in d. Heidelb. Jahrb. von 1821. S. 47 — 63., Zimmern's Rechtsgeſch. B. 3. §. 60 — 63. u. Mayer, Die Litis Conteſtatio §. 6. S. 73 — 117.

b) l. 5. pr. D. de in lit. jur. (XII. 3.) „In actionibus in rem, et in ad exhibendum, *et in bonae fidei judiciis*. . .“ S. jedoch Note u) gegen das Ende.

c) §. 30. I. h. t.

d) l. 5. §. 4. D. de in lit. jur.

e) pro Rosc. Comoed. c. 4. Doch kommt in andern Stellen bey Cicero, z. B. Top. c. 17. u. de offic. III. 15. das Wort *judicium* auch in Bezug auf bonae fidei actiones vor.

f) Cic. pro Rosc. Com. c. 4. „. . . . Quid est in *judicio*? Directum, asperum, simplex, ...“ Theophil. IV. 6. §. 30. „. . . . *ἐπὶ δὲ τῶν στρίκτων, ἐπειδὴ τῆς ἀκριβείας αὐτῆς γίνεται λόγος*, ... (in strictis autem, quia rigoris ipsius habetur ratio, . . .). l. un. §. 2. C. de rei uxor. act. (V. 13.) „. . . . . actionem stricto jure esse vallatam, et non ex bona fide descendere, ...“

g) pro Rosc. Comoed. c. 4. Aber auch im Juſtinianiſchen Rechte kommt noch bisweilen *arbitrium* zur Bezeichnung einer bonae fidei actio vor, z. B. *arbitrium familiae erciscundae* in d. l. 17. C. fam.

ercisc. (III. 36.), *arbitrium tutelae* in d. Titelrubrik des Cod. V. 51., vergl. mit §. 28. I. h. t.

h) §. 30. I. h. t. — Cic. l. c. „. . . . Quid est in *arbitrio*? Mite, moderatum, *Quantum aequius melius, id dari.*“ l. 29. §. 4. D. mandat. (XVII. 1.) „. . . . de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare, ...“

i) Seneca de benefic. III. 7. „. . . . Ideo melior videtur conditio causae bonae, si ad *judicem*, quam si ad *arbitrum* mittatur, *quia illum formula includit, et certos, quos non excedat, terminos ponit.*“ Idem de clement. II. 7.

k) Z. B. bey Senec. de benefic. III. 7. l. 38. pr. D. pro soc. (XVII. 2.); doch heißt er auch *judex*, z. B. Gaj. IV. §. 47. §. 30. I. h. t. l. 1. pr. u. §. 2. D. de usur. (XXII. 1.) Ueberhaupt ſcheint der Unterſchied zwiſchen *judex* und *arbiter* bey den Römern nicht feſt beſtimmt geweſen zu ſeyn. Cic. pro Murena c. 12. in f.

l) Cic Top. c. 17. „. . . . In omnibus igitur iis judiciis, in quibus: *ex fide bona*, est additum. . . .“ Id. de offic. III. c. 15. „. . . . judiciis, in quibus additur: *ex fide bona* . . . . .“ u. c. 16. u. 17. Gaj. IV. §. 47. — Zur Erklärung dieſer Formel bemerkt Boëth. ad Cic. Top. 6.: „Ita judices dantur, ut non strictas inter litigantes stipulationes, sed bonam fidem quaerant,“ und Seneca de benefic. III. 7. charakteriſirt den *arbiter*, im Gegenſatz des judex, ſo: „Hujus (scil. *arbitri*) libera, et nullis adstricta vinculis religio; et detrahere aliquid potest et adjicere, et sententiam suam, non prout lex aut justitia suadet, sed prout humanitas et misericordia impulit, regere.“ Id. de clement. II. 7. „Liberum arbitrium habet; non sub formula, sed ex aequo et bono judicat, et absolvere illi licet, et quanti vult, taxare litem.“

m) Cic. Top. c. 17. — Nach Cic. de offic. III. 15. u. ad Fam. VII. 12. kam dieſe Clauſel hauptſächlich bey der formula *fiduciae* vor. Ueber die fiducia in dem hierher gehörigen Sinne vgl. Gaj. II. §. 59. u. 60.

n) Dieſe Clauſel war vorzugsweiſe bey dem arbitrium rei uxoriae gebräuchlich, Cic. Top. c. 17. u. de offic. III. 15., u. auch in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern finden ſich noch Spuren davon, z. B. l. 66. §. 7. D. solut. matrim. (XXIV. 3.) l. 82. in f. D. de solut. (XLVI. 3.) Doch geht Cujacius Observ. XXII. c. 4. zu weit, wenn er annimmt, daß dieſe Formel bey keinem andern bonae fidei judicium vorgekommen ſey; denn Cicero pro Rosc. Comoed. c. 4. bezieht ſie im Allgemeinen auf das arbitrium. Vgl. Note h).

o) Gaj. IV. §. 63. „. . . . sed quia id bonae fidei judicio conveniens videtur, id officio ejus (scil. judicis) contineri creditur.“ l. 7. D. de negot. gest. (III. 5.) „. . . . tantundem in bonae fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio.“

p) l. 54. pr. D. locat. (XIX. 2.) l. 32. §. 2. u. l. 34. D. de usur. (XXII. 1.)

q) Cic. de offic. III. 17. „. . . . Q. quidem Scaevola, Pontifex Maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur: *ex fide bona*; . . . . in his magni esse judicis statuere, ... *quid quemque cuique praestare oporteret.*“ Id. Top. c. 17. Gaj. IV. §. 61 u. 63. §. 30. I. h. t. l. 58. in f. D. de hered. petit. (V. 3.)

r) l. 3. D. de rescind. vendit. (XVIII. 5.) l. 21. in f. D. solut. matrim. (XXIV. 3.) l. 84. §. 5. D. de legat. I. (XXX.)

s) Cic. pro Rosc. Comoed. c. 4. „Ad *judicium* hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus, aut amittamus; ad *arbitrium* hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum, quantum postulavimus, consequamur.“

t) Cic. de offic. III. 17. u. Top. c. 17. Gaj. III. §. 137. §. 3. I. de consens. obligat. (III. 22. od. 23.) l. 2. §. 3. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) Indessen kommt bisweilen auch bey einem einseitig verpflichtenden Obligationsverhältnisse eine bonae fidei actio vor, z. B. bey dem precarium. l. 2. §. 2. in f. D. de precar. (XLIII. 26.)

u) Cic. de offic. III. 17. de natura Deor. III. 30. Gaj. IV. §. 62. §. 28. u. 29. I. h. t. „. . . . Bonae fidei sunt hae: ex emto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. . . .“ Hinsichtlich der letztern Klage bemerkt Justinian l. c., daß es zwar bisher ungewiß gewesen sey, ob sie in die Kategorie der bonae fidei judicia gehöre, daß er es aber ausdrücklich so entschieden habe, (nämlich durch l. 12. in f. C. de petit. hered. [III. 31.]). Eben so sey auch die auf Zurückforderung der dos abzweckende ex stipulatu actio nach der eigenthümlichen Natur, die er ihr beygelegt habe, (nämlich durch l. un. C. de rei uxor. act. [V. 13.],) nach dem Muster der ehemaligen rei uxoriae actio, an deren Stelle jene Klage getreten sey, ein bonae fidei judicium.

v) Z. B. aus dem Darlehn, der literarum obligatio, der Stipulation, und, wenigstens nach dem ältern Rechte, auch aus dem Testamente. Cic. pro Rosc. Comoed. c. 4. u. 5. „. . . . *Judicium* est pecuniae certae; . . . . Pecunia petita est certa; . . . . Haec pecunia necesse est *aut data, aut expensa lata, aut stipulata sit.*“ Theophil. IV. 13. §. 3. l. 5. §. 4. u. l. 6. D. de in lit. jurand. (XII. 3.) vergl. mit l. 5. pr. D. eod. l. un. §. 2. C. de rei uxor. act. (V. 13.) Vgl. auch Gaj. III. §. 137. u. §. 3. I. de consens. obligat. (III. 22. od. 23.) Ob aber nicht wenigstens dann, wenn eine Stipulation ausdrücklich unter der Clausel: ex fide bona, eingegangen ist, (wie in der l. Rubria l. l. 27. u. 36.) eine bonae fidei actio daraus entspringe, ist bestritten. Bejaht wird es z. B. von Hugo in der Rechtsgesch. S. 650.

verneint dagegen z. B. von Zimmern in der Rechtsgesch. B. 3. §. 62. S. 184. u. von Huschke de action. form., quae in lege Rubria exstant, p. 28. sqq., jedoch mit der Modification, daß in einem solchen Falle die strioti juris actio in manchen Beziehungen mit einem bonae fidei judicium übereinkomme.

x) Theophil. IV. 13. §. 3. „. . . . τὸν κονδικτίτιον, στρίκταν οὖσαν τὴν ἀγωγήν, ...“ (condictionem, cum stricta sit actio). Daß dieß nun aber nicht blos von der certi condictio gelte, wie es nach Cic. pro Rosc. Comoed. c. 4. scheinen könnte, sondern auch von der incerti condictio, ergiebt sich unter andern aus pr. I. de verb. obligat. (III. 15. ob. 16.) vergl. mit l. 5. §. 4. u. l. 6. D. de in lit. jur. (XII. 3.) Doch trifft freylich die Letztere in manchen Wirkungen mit einer bonae fidei actio zusammen, z. B. Gaj. II. §. 280. l. 34. D. de usur. (XXII. 1.), und es sind daher, wie Zimmern a. a. O. bemerkt, dergleichen incerti actiones mehr oder weniger als die das System der stricti juris und bonae fidei actiones vermittelnden Klagen anzusehen.

y) Z. B. Gaj. III. §. 131. „. . . . numeratio autem pecuniae *jure naturali* facit obligationem . . . .“ l. 15. pr. D. de condict. indeb. (XII. 6.) „Indebiti soluti condictio *naturalis* est . . . .“ l. 65. §. 4. D. eod. „Quod ob rem datur, *ex bono et aequo* habet repetitionem, ...“ l. 66. D. eod. „Haec condictio *ex bono et aequo* introducta . . . .“ l. 25. in f. D. de act. rer. amot. (XXV. 2.) „. . . . *jure gentium* condici puto posse res ab his, qui non ex justa causa possident.“ Eben so wird auch von manchen Pönalklagen (die doch ebenfalls zu den Condictionen gehören, l. 9. §. 1. D. de reb. cred. [XII. 1.],) gesagt, daß sie *ex bono et aequo*, oder *in bonum et aequum* conceptae seyen, l. 5. §. 5. in f. D. de his, qui effud. (IX. 3.) l. 11. §. 1. D. de injur. (XLVII. 10.) l. 10. D. de sepulc. viol. (XLVII. 12.), was sich jedoch auch auf das durch richterliches Ermessen zu bestimmende Maas der Privatstrafe beziehen läßt. Vgl. Cujac. Observ. XXII. c. 14. in f.

z) Gaj. IV. §. 163. „. . . . accipit formulam, quae appellatur *arbitraria*; nam *judicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeant*, id sine poena exhibet vel restituit, et ita absolvitur; quodsi nec restituat, neque exhibeat, *quanti ea res est, condemnatur*; . . . .“ (welche Stelle freylich sich nur auf Interdicte bezieht.) §. 31. I. h. t. „Praeterea quasdam actiones *arbitrarias*, id est ex arbitrio judicis pendentes, appellamus, *in quibus, nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat*, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, *condemnari debeat*. Sed istae actiones tam in rem, quam in personam inveniuntur; in rem: veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur; in personam: veluti quibus de eo agitur, quod aut metus causa, aut dolo malo factum est, item qua id, quod certo loco promissum est, petitur; ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pen-

det. In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur judici ex bono et aequo, secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.“ §. 3. in f. I. de offic. jud. (IV. 17.) l. 14. §. 3. in f. u. §. 4. D. quod met. causa gest. er. (IV. 2.) l. 18. pr. D. de dol. mal. (IV. 3.) l. 68. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 4. §. 3. D. fin. regund. (X. 1.) l. 2. pr. u. l. 3. D. de eo quod cert. loc. dar. op. (XIII. 4.) — Uebrigens sind die Ansichten über die Natur dieser Klagen sehr verschieden. Vgl. z. B. Gans, Ueber Röm. Obligationenrecht S. 160. fgg., Zimmern's Rechtsgesch. B. 3. §. 67. u. 68., Benfey im Rhein. Mus. B. 4. H. 3. S. 311. fgg., Hasse ebendas. B. 6. H. 1. S. 26. fgg., Rein Quaest. Tull. ad jus civ. spect. (Isen. 1834.) p. 5 — 16.

§. 110.

H) Nach den Klagformeln.

Tit. D. de praescriptis verbis et in factum actionibus. (XIX. 5.)

In Hinsicht auf die Klagformeln sind die Klagen entweder vulgares actiones (auch judicia prodita genannt,) oder in factum actiones [a]). *Vulgares actiones* heißen nämlich Klagen mit bestimmten und selbstständigen Formeln [b]). Dergleichen formulae waren entweder *in jus conceptae*, wenn sie nämlich einen civilrechtlichen Klaggrund enthielten, oder *in factum conceptae*, wenn in ihnen nicht ein civilrechtlicher Klaggrund ausgedrückt, sondern nur das der Klage zum Grunde liegende factum an die Spitze der formula gestellt war [c]). — Im Gegensatz der vulgares actiones aber heißen *in factum actiones* Klagen ohne alle bestimmte, oder doch ohne selbstständige Formel, bey denen also die Formel mit Rücksicht auf die besondern factischen Momente des concreten Falles (in factum) abgefaßt wurde [d]). In diese Kategorie gehören nun: 1) Die prätorischen *in factum actiones*, welche der Prätor in Fällen, für die es noch keine Klage gab, aus Rücksichten der Billigkeit, oder um des allgemeinen Besten willen ertheilte, und zwar so, daß die Formel sich nach der individuellen Beschaffenheit des vorliegenden Falles richtete, ohne daß dabey eine bereits vorhandene Formel zum Grunde gelegt oder benutzt wurde [e]). 2) Die civilrechtlichen *praescriptis verbis actiones* (a. u., wofür auch folgende [in Ansehung der Wortstellung zum Theil

abwechſelnde] Benennungen: *in factum actio* oder *judicium*, oder *civilis actio in factum*, oder *praescriptis verbis in factum actio*, ingleichen *praescriptis verbis incerta civilis actio* oder *civilis incerti actio*, *incerta civilis actio*, oder *incertum judicium* ſchlechthin vorkommen [f]). Dergleichen Klagen entſpringen nämlich aus unbenannten Contracten, und überhaupt aus ſolchen Rechtsgeſchäften, welche zwar einen civilrechtlichen Verpflichtungsgrund haben, aber unter einen beſtimmten Contract, wegen irgend eines davon abweichenden Umſtandes oder wegen beſonderer Modificationen, nicht gebracht werden können, ſo daß auf ſie keine der feſtſtehenden Klagformeln genau paßte, und deßhalb die individuelle Beſchaffenheit des Falles, oder deſſen beſondere Modificationen im Eingange der Klagformel (praescriptis verbis [g])) ausgedrückt wurden [h]). 3) Die utiles actiones (§. 103.) [i]). — Dieſe ganze auf das Formelweſen der Klagen ſich beziehende Eintheilung hat nun freylich im neuern Röm. Recht, ſeit der durch Conſtantin's Söhne erfolgten Aufhebung der Klagformeln [k]), ihre proceſſualiſche Wichtigkeit, oder formelle Bedeutung verloren, und es beſteht ſonach der im neuern Röm. Recht noch übrig gebliebene Character aller in factum actiones darin, daß ſie allgemeine, aushelfende Klagen ſind, die in ſolchen Fällen eintreten, für welche es keine beſtimmten Klagen giebt, und wo doch nach Recht und Billigkeit ein Grund zur Anſtellung einer Klage vorhanden iſt [l]).

a) l. 1. pr. D. h. t. „Nonnunquam evenit, ut cessantibus *judiciis proditis* et *vulgaribus actionibus*, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quae *in factum* appellantur.“ Ueber dieſe Eintheilung der Klagen vgl. insbeſondere Mühlenbruch's Lehre von der Ceſſion der Forderungsrechte §. 15. S. 155 — 159.

b) l. 1. pr. D. cit. l. 46. in f. D. de hered. instit. (XXVIII. 5.)

c) Gaj. IV. §. 45. u. 46. „Sed eas quidem formulas, in quibus de jure quaeritur, *in jus conceptas* vocamus, quales sunt, quibus intendimus nostrum esse aliquid ex jure Quiritium, aut nobis dari oportere, aut pro fure damnum (decidi oportere: *in*) *quibus juris civilis intentio est.* Ceteras vero *in factum conceptas* vocamus, id est, *in quibus nulla talis intentionis conceptio est*, sed initio formulae nominato eo, quod factum est, adjiciuntur ea verba, ...“ Zu den Letztern nun gehörten die formulae aller nur im

honorarischen Rechte gegründeten Klagen. Gaj. IV. §. 46. Theophil. IV. 6. §. 12. l. 25. §. 1. in f. D. de oblig. et act. (XLIV. 7.) Doch gab es auch für einige civilrechtliche Klagen in factum conceptae formulae. Gaj. IV. §. 47. Vgl. Zimmern's Rechtsgesch. B. 3. §. 51. u. 54. u. Mühlenbruch a. a. O. S. 156. u. 157. Note 313).

d) l. 1. pr. D. h. t. Es dürfen also die in factum actiones überhaupt nicht mit den zu den vulgares actiones gehörigen in factum conceptae formulae verwechselt werden. Vgl. insbesondere Hasse im Rhein. Mus. B. 6. S. 41 — 46.

e) l. 7. §. 2. D. de pact. (II. 14.) l. 11. §. 1. D. de jurejur. (XII. 2.) vergl. mit §. 11. I. h. t. — l. 13. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.)

f) l. 1. §. 1. u. 2. l. 13. §. 1. l. 16. l. 22. u. 24. D. h. t. l. 7. §. 2. D. de pact. (II. 14.) l. 23. in f. D. commun. divid. (X. 3.) l. 6. C. de rer. permut. (IV. 64.) l. 9. u. 22. C. de donat. (VIII. 54.)

g) Gaj. IV. §. 132. „*Praescriptiones* autem appellatas esse ab eo, quod ante formulas praescribuntur, plus quam manifestum est.“ l. 6. C. de transact. (II. 4.) „ . . . . utilis actio, *quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat*, ...“

h) l. 2 — 4. D. h. t. „Nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, *praescriptis verbis* agendum est, in quam necesse est confugere, quoties contractus existunt, quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt; natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula.“ l. 1. §. 1. u. 2. l. 5. §. 2. u. 4. l. 13. §. 1. l. 17 — 20. pr. l. 22 — 26. D. h. t. l. 23. D. commun. divid. (X. 3.) l. 1. §. 9. D. depos. (XVI. 3.) l. 2. §. 2. D. de precar. (XLIII. 26.) Uebrigens scheinen die praescriptis verbis actiones hauptsächlich unter dem Einfluß von Labeo und seinen Anhängern eingeführt und gebräuchlich geworden zu seyn, l. 1. §. 1. l. 19. pr. u. l. 20. pr. D. h. t.; woraus es sich vielleicht auch erklären läßt, daß Gajus (welcher der entgegengesetzten Schule zugethan war,) dieser Klagen nicht gedenkt in Fällen, wo sie doch in Justinian's Institutionen erwähnt werden, z. B. §. 1. u. 2. I. de locat. et conduct. (III. 24. od. 25.) vergl. mit Gaj. III. §. 143. u. 144. Vgl. Gans, Ueber Röm. Obligationenrecht Abh. 3. S. 180. fgg. u. Zimmern's Rechtsgesch. B. 3. §. 55. Not. 12).

i) l. 53. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) l. 11. D. h. t. Doch werden bisweilen auch utiles und in factum actiones ausdrücklich unterschieden, z. B. §. 16. in f. I. de lege Aquil. (IV. 3.)

k) l. 1. C. de formul. sublat. (II. 58.)

l) l. 1. pr. l. 2 — 4. D. h. t. (s. Note a) u. h)), l. 11. D. h. t. „Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur.“

Zusatz. Von den in factum actiones sind zu unterscheiden die *ex facto actiones*. So heißen nämlich alle aus unerlaubten Handlungen ent-

springenden, civilrechtlichen oder prätorischen Klagen, welche sonst auch ihren eigenthümlichen Namen haben. l. 25. §. 1. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) „. . . . *Ex facto actio est*, quoties ex eo teneri quis incipit, quod ipse admisit, veluti furtum vel injuriam commisit, vel damnum dedit.“

§. 111.

I) Nach der Form des gerichtlichen Verfahrens, und nach den bey dem Rechtsstreite vorkommenden Personen.

Auf die Form des gerichtlichen Verfahrens bezieht sich im ältern Röm. Recht der (erst im letzten Buche des besondern Theils näher zu erörternde) Unterschied zwischen *ordinaria judicia* (a. u.) und *extraordinaria* [a]). Das Wesen der Erstern bestand darin, daß der magistratus, dem die Jurisdiction zukam, zwar den Proceß instruirte, und die auf den vorliegenden Fall anwendbare Rechtsregel ausmittelte und bestimmte, sodann aber einen Privatrichter ernannte, und diesem die Untersuchung der streitigen Thatumstände, und die Entscheidung der Sache in Gemäßheit der ihm ertheilten Instructionsformel überließ [b]). Wenn aber der magistratus selbst, ohne Vermittelung eines Privatrichters, die Sache untersuchte und entschied, so hieß es von ihm: *extra ordinem jus dicit* [c]), und hierin bestand das Wesen der *extraordinaria judicia* oder *extraord. actiones* (s. a. u.), welche auch *extraord. cognitiones* oder mit einem Worte *persecutiones* heißen [d]). Seitdem nun aber von Diocletian und Maximian verordnet worden war, daß die Statthalter der Provinzen in der Regel selbst alle Processe untersuchen und entscheiden sollten, und nur noch ausnahmsweise Richter ernennen dürften [e]), und diese Verordnung wahrscheinlich gleichzeitig, oder doch bald nachher auch für die Obrigkeiten in Rom selbst und in den Municipien geltend wurde, so war dadurch die regelmäßige Proceßform des ältern Rechts (solitus judiciorum ordo [f])) in der Hauptsache aufgehoben, und es findet nun im neuern Röm. Recht hierbey gerade das umgekehrte Verhältniß Statt, daß nämlich alle Processe in der Regel solche sind, welche ehedem extraordinaria judicia waren [g]). — Ferner bezieht sich im ältern Recht auf

die Verschiedenheit der Richter sowohl, als der streitenden Partheyen die Eintheilung der Processe in judicia, quae *legitimo jure consistunt* (auch *legitima judicia* genannt), und solche, *quae imperio continentur* (auch *imperio continentia* genannt). Zu den Processen der erstern Art gehörten nämlich diejenigen, welche in Rom, oder innerhalb der ersten Meile von Rom, unter lauter Römischen Bürgern und bey einem einzigen judex verhandelt wurden; zu den Processen der letztern Art aber gehörten theils die recuperatoria judicia [h]), theils die, bey welchen entweder der einzige judex selbst, oder Einer der streitenden Theile peregrinus war, theils endlich die, welche zwar unter lauter Römischen Bürgern, aber außerhalb der ersten Meile von Rom vorkamen [i]). Dieser formelle Unterschied der judicia trifft mit der auf den Ursprung bezüglichen Eintheilung der Klagen in civilrechtliche und honorarische (§. 103.), obwohl die bey Cicero [k]) vorkommende Unterscheidung der *judicia legitima* und der *arbitria honoraria* darauf hinzudeuten scheint, doch nicht schlechterdings zusammen; denn es konnte kommen, daß eine ex lege abstammende Klage doch nicht in einem legitimum judicium verhandelt wurde, z. B. wenn ihre Geltendmachung in einer Provinz, oder in Rom bey Recuperatoren vorfiel, und umgekehrt konnte bey einer blos prätorischen Klage ein legitimum judicium Statt finden, wenn nämlich der dießfallsige Proceß zu Rom bey einem einzigen judex unter lauter Römischen Bürgern verhandelt wurde [l]). Uebrigens kommt dieser Unterschied der judicia im neuern Römischen Rechte nicht mehr vor.

a) pr. I. de success. sublat. (III. 12. od. 13.)

b) Vgl. von Savigny's Gesch. des Röm. Rechts im Mittelalter. B. 1. S. 101. fgg. — Blos auf die Zeit der Anstellung bezieht Theophilus III. 12. pr. die Begriffsbestimmungen der *judicia ordinaria* und *extraordinaria*: „. . . . *ἡνίκα τὰ δικαστήρια ὀρδινάρια ἦν, τουτέστιν ἡνίκα ἐκινεῖτο ἐν μόνῳ τῳ καιρῷ τοῦ κονβέντου; . . . . . σήμερον δε τῶν δικαστηρίων ἐξτραορδιναρίων ὄντων, καὶ ἐν παντὶ καιρῷ γυμναζομένων, ...*“ (cum judicia ordinaria erant, id est, cum movebantur solo tempore conventus; . . . . hodie autem cum judicia extraordinaria sint, atque omni tempore exerceantur, ...“) — Uebrigens bezeichnet in der l. 5. §. 1. u. 2. D. de recept. arb. (II. 56.) der Ausdruck *ordinarium judicium* ein ordentliches ge-

richtliches Verfahren, im Gegenſatz der Verhandlungen vor einem bloßen Schiedsrichter.

c) l. 7. §. 2. D. de offic. procons. (I. 16.) l. 1. §. 7. D. de extraord. cognit. (L. 13.)

d) l. 47. §. 1. D. de negot. gest. (III. 5.) l. 3. C. de interdict. (VIII. 1.) l. 52. §. 2. D. de actionib. emt. et vend. (XIX. 1.) tit. D. de extraord. cognit. (L. 13.) l. 178. §. 2. D. de verb. signif. (L. 16.) „. . . . *persecutionis* verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, utputa fideicommissorum, et si quae aliae sunt, quae non habent juris ordinarii executionem.“ — Uebrigens iſt vom extraordinarium judicium im angegebenen Sinne der Ausdruck: *extraordinarium auxilium* oder *remedium* zu unterſcheiden, als welcher ein außerordentliches Rechtsverfolgungsmittel bezeichnet. l. 16. pr. D. de minor. (IV. 4.) l. 7. D. de SC. Silan. (XXIX. 5.) l. 12. D. ut in possess. legat. (XXXVI. 4.) l. 2. C. de instit. et substit. (VI. 25.) — In der l. 1. C. vectigal. nov. (IV. 62.) ſcheint jedoch extraordinarium auxilium in der vulgären Bedeutung für eine außerordentliche Unterſtützung genommen zu ſeyn.

e) l. 2. C. de pedan. judic. (III. 3.) Vgl. auch l. 5. C. eod.

f) l. 4. C. de sentent. et interloc. (VII. 45.)

g) §. 8. I. de interdict. (IV. 15.) „. . . . quoties extra ordinem jus dicitur, *qualia sunt hodie omnia judicia*, ...“ pr. I. de success. sublat. (III. 12. od. 13.) „. . . . tunc locum habebat, quando judicia ordinaria in usu fuerunt; sed cum *extraordinariis judiciis posteritas usa est*, ...“ Vgl. auch die in der Note b) angeführte Stelle von Theophil.

h) Von den Recuperatoren, die immer nur in der Mehrzahl vorkommen, und den vor ihnen verhandelten Proceſſen, wird im fünften Buche des beſondern Theils die Rede ſeyn.

i) Gaj. IV. §. 103 — 105. „Omnia autem judicia aut legitimo jure consistunt, aut imperio continentur. *Legitima* sunt *judicia*, quae in urbe Roma, vel intra primum urbis Romae miliarium, inter omnes cives Romanos sub uno judice accipiuntur. . . . *Imperio* vero *continentur* recuperatoria, et quae sub uno judice accipiuntur interveniente peregrini persona judicis aut litigatoris; in eadem causa sunt, quaecunque extra primum urbis Romae miliarium tam inter cives Romanos, quam inter peregrinos accipiuntur. . . .“ — Id. I. §. 184. u. III. §. 181. Ulp. XI. §. 24. u. 27.

k) pro Rosc. Comoed. c. 5.

l) Gaj. IV. §. 109. Vgl. übrigens Zimmern's Rechtsgeſchichte B. 3. §. 34.

§. 112.

K) Nach der Dauer des Klagerechts.

Tit. I. de perpetuis et temporalibus actionibus, (et quae ad heredes vel in heredes transeunt). (IV. 12.)

In Ansehung der Dauer des Klagerechts sind die actiones entweder perpetuae oder temporales [a]). *Perpetuae actiones* (n. a. u.) hießen im ältern Röm. Recht solche Klagen, welche von beständiger Dauer waren, und also durch keine Verjährung erloschen; und dieß galt bey den civilrechtlichen Klagen als Regel [b]). *Temporales* oder *temporariae actiones* [c]) (s. a. u.) aber hießen diejenigen Klagen, welche binnen einer bestimmten Zeit angestellt werden mußten, indem sie nach deren Ablauf erloschen. In diese Kategorie gehören insbesondere viele prätorische Klagen, deren Dauer nur auf ein Jahr beschränkt ist (annuae oder annales actiones, s. a. u.) [d]). Im neuern Röm. Recht hat sich jedoch der Sinn dieser Eintheilung geändert. Es stellte nämlich Theodosius d. J. die Regel auf, daß alle Klagen, welche vorher von beständiger Dauer gewesen wären, nach 30. Jahren seit ihrer Begründung erlöschen sollten [e]), (wovon indessen einige Klagen ausgenommen blieben, deren Erlöschung erst nach einer längern Frist erfolgt, §. 115.) und seitdem heißen *perpetuae actiones* diejenigen Klagen, welche 30. oder mehrere Jahre dauern [f]), *temporales* aber diejenigen, welche in einer kürzern Verjährungsfrist erlöschen.

a) l. 31. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.) l. 9. §. 2. D. de administr. tutor. (XXVI. 7.)

b) Gaj. IV. §. 110. — pr. I. h. t. Doch litt diese Regel auch manche Ausnahmen, z. B. l. 2. D. de lege Jul. repetund. (XLVIII. 11.) l. 8. §. 17. u. l. 9. D. de inoffic. testam. (V. 2.) l. 36. §. 2. C. eod. (III. 28.)

c) l. 1. §. 1. u. 3. D. quando de pecul. act. annal. est (XV. 2.) l. 9. §. 7. D. de reb. auctor. jud. possid. (XLII. 5.)

d) Gaj. IV. §. 110. — pr. I. h. t. l. 5. §. 5. D. de his, qui effud. (IX. 3.) l. 1. §. 1. 4. u. 10. u. l. 2. pr. D. quando de pecul. act. annal. est. (XV. 2.) l. 24. §. 1. D. de liber. caus. (XL. 12) Doch giebt es auch unter den prätorischen Klagen gar manche perpetuae actiones, Gaj. IV. §. 111. u. pr. I. h. t., und dieß gilt insbesondere von den sog. reipersecutorischen. l. 35. pr. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.)

„In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut, quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. . . . .“ Uebrigens wird im pr. I. h. t. als Grund von der einjährigen Dauer der meiſten prätoriſchen Klagen angegeben: „nam et ipsius Praetoris intra annum erat imperium,“ (was auf ähnliche Weiſe auch Theophil. zu dieſer Stelle bemerkt); allein dieſer Grund, von dem ſich auch bey Gaj. l. c. keine Spur findet, erſcheint ganz unpaſſend. Denn obwohl in der Regel kein Prätor über die Zeit ſeiner Amtsführung hinaus einen judex beſtellen konnte, Gaj. IV. §. 105. in f. l. 13. §. 1. D. de jurisdict. (II. 1.), ſo wird uns doch nirgends berichtet, daß eine mitten im Laufe des Jahres, wo ein Prätor ſein Amt führte, begründete prätoriſche Klage nur unter dieſem Prätor, und nicht auch unter ſeinem Nachfolger, bis zum Ablauf des Jahres ſeit ihrer Begründung, habe angeſtellt werden können; was auch ſchon darum unglaublich iſt, weil ſonſt bey einer, erſt gegen das Ende der Amtsführung eines Prätor entſtandenen, prätoriſchen Klage die Möglichkeit ihrer Anſtellung nur wenige Tage gedauert haben könnte. Vgl. Schrader's Bemerk. zum pr. I. h. t. p. 702. ſeiner Inſtitut. Ausg. — Ueber die kurzen Verjährungsfriſten der ädiliciſchen Klagen ſ. l. 2. C. de aedilic. act. (IV. 58.) l. 28. u. l. 38. pr. D. de aedil. edict. (XXI. 1.)

e) l. un. Th. C. de act. cert. temp. fin. (IV. 14.) u. l. 3. J. C. de praescript. XXX. annor. (VII. 39.)

f) pr. I. h. t. „. . . . . *in perpetuum* extenduntur, id est *usque ad finem constitutionibus introductum;* . . . .“ l. 1. C. de aleator. (III. 43.) „. . . . . habere repetitionem . . . . idque *perpetuo et etiam post triginta annos* . . . .“ vergl. mit l. 3. C. eod. „. . . . non obstante nisi quinquaginta annorum praescriptione. . . .“ In dieſer Bedeutung iſt nun alſo der Ausdruck: *perpetua actio*, auch in allen Digeſtenſtellen, wo er vorkommt, nach dem Sinne des neuern Röm. Rechts zu nehmen.

Zuſatz. Von der Dauer des Klagerechts iſt zu unterſcheiden die Dauer eines bereits erhobenen Rechtsſtreites. In dieſer Hinſicht war für die legitima judicia (§. 111.) durch eine lex Julia judiciaria (wahrſcheinlich von Auguſt, vgl. Zimmern's Rechtsgeſch. B. 1. §. 36.) die Zeit von 1½ Jahren, binnen welcher ſie beendigt ſeyn müßten, feſtgeſetzt; daher das Rechtsſprüchwort: „e lege Julia litem anno et sex mensibus mori.“ Die imperio continentia judicia aber dauerten nicht länger, als das imperium des magistratus, welcher ſie angeordnet hatte. Gaj. IV. §. 104. u. 105. Dieſe Beſtimmungen haben nun freylich für das neuere Röm. Recht, wo ja auch jener Unterſchied der judicia, mit dem ſie in Verbindung ſtanden, weggefallen iſt, keine Anwendbarkeit mehr. Dafür kommen aber in kaiſerlichen Conſtitutionen ſeit Conſtantin d. G. andere Beſtimmungen über die Proceßverjährung vor, theils ſpecielle in Bezug auf gewiſſe Arten der Klagen, l. un. Th. C. de dol. mal. (II. 15.) l. 8. J. C. eod. (II. 21.) l. 2. pr. §. 1. u. 3. Th. C. de integri restit. (II. 16.) l. 5. pr. u. l. 7.

pr. J. C. de temp. in integr. restit. (II. 53.) l. 4. u. 13. Th. C. de jure fisci. (X. 1.) l. ult. J. C. eod. (X. 1.) l. 1. u. 6. Th. C. de naufrag. (XIII. 9.) l. 2. u. 5. J. C. eod. (XI. 5.), theils die allgemeine Vorschrift Justinian's in der l. 13. §. 1. C. de judic. (III. 1.), daß in der Regel jeder Civilproceß (pecuniaria causa) nicht über drey Jahre, von der Zeit der litis contestatio an gerechnet, hinausgezogen werden dürfe. Uebrigens sind die in manchen Digestenstellen, z. B. l. 32. D. de judic. (V. 1.) l. 18. §. 4. D. de dol. mal. (IV. 3.) l. 30. §. 1. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) in Betreff der judicia vorkommenden Ausdrücke: *legitimum tempus* oder *tempora legitima*, ingleichen: litem *tempore* amittere, nach dem ursprünglichen Sinn der Röm. Juristen auf die ehemalige, für die legitima judicia eingeführte Proceßverjährung von 1½ Jahren zu beziehen, haben aber freylich für das spätere Röm. Recht in Folge jener neuern kaiserlichen Verordnungen über die Proceßverjährung eine andere Bedeutung bekommen. Vgl. Francke Civil. Abh. S. 74 — 78. u. insbesondere Keller Ueber Litis-Contestation ꝛc. §. 15 — 19.

§. 113.

Concurrenz der Klagen [a]).

Wenn Jemand gegen die nämliche Person mehrere Klagerechte hat, so kann, nach Verschiedenheit der Fälle, bald die Geltendmachung aller dieser Klagerechte nach oder neben einander, bald aber nur die Anstellung der einen oder andern Klage statthaft seyn. Daß nun mehrere Klagen, die aus ganz verschiedenen Gründen entsprungen, und auf verschiedene Zwecke gerichtet sind, nach oder neben einander von demselben Kläger gegen denselben Beklagten angestellt werden können, versteht sich von selbst. Aber auch davon abgesehen, findet die auf einander folgende Anstellung mehrerer Klagen von Seiten des nämlichen Klägers gegen denselben Beklagten (sog. successive Klagen-Concurrenz) nicht blos dann Statt, wenn die eine Klage dazu dient, durch ihren Erfolg die andere vorzubereiten [b]), sondern auch dann, wenn das Rechtsverhältniß zwischen jenen beyden Personen von der Art ist, daß es die Anstellung einer anderweiten Klage in Ansehung der bey der frühern Klage unerledigt gebliebenen Puncte gestattet [c]), ingleichen wenn die mehrern Klagen zwar denselben Zweck haben, aber aus verschiedenen Gründen hervorgehen, und der Kläger seinen Zweck durch die eine Klage noch nicht erreicht hat [d]). Ferner

daß die concurrirenden Klagen neben einander angestellt werden können, (sog. cumulative oder copulative Klagen-Concurrenz,) kommt theils dann vor, wenn sie, obwohl auf denselben Gegenstand oder Zweck gerichtet, doch auf verschiedenen selbstständigen Forderungsrechten beruhen, deren Jedes an und für sich zu befriedigen ist [e]), theils auch dann, wenn jene mehrern Klagen zwar aus demselben factischen Grunde hervorgehen, aber verschiedene Zwecke verfolgen. Daher ist in Folge der nämlichen unerlaubten Handlung, neben der daraus entspringenden reinen Pönalklage, auch eine sog. reipersecutorische zulässig [f]), und eben so neben der Civilklage auch eine Criminalklage [g]); ja es finden sogar mehrere, durch ihre factische Veranlassung in Verbindung stehende Pönalklagen neben einander Statt [h]), sey es, daß von demselben Menschen mehrere unerlaubte Handlungen an dem nämlichen Gegenstand verübt worden sind [i]), oder daß die nämliche unerlaubte Handlung mehrere Widerrechtlichkeiten in sich enthält [k]). — Das entgegengesetzte Verhältniß aber, daß nämlich von mehrern concurrirenden Klagen nur die eine angestellt werden kann, und dadurch die andere ausgeschlossen wird, (sog. elective oder alternative Klagen-Concurrenz,) tritt theils alsdann ein, wenn jene mehrern Klagen auf dem nämlichen Grunde beruhen, und auf denselben Gegenstand oder Zweck gehen [l]), (weßhalb auch namentlich neben einer mixta actio in demselben Falle nicht noch eine sog. reipersecutorische Klage Statt findet [m]),) theils auch alsdann, wenn sie zwar auf verschiedene, aber mit einander unverträgliche Zwecke gerichtet sind [n]). Uebrigens kommt in dergleichen Fällen das Wahlrecht unter den mehrern Klagen zwar dem Kläger zu; doch darf er die durch Anstellung der einen Klage einmal getroffene Wahl nicht wieder abändern [o]), wohl aber kann er, wenn er die minder vortheilhafte Klage angestellt hat, sodann durch die andere noch das Mehrere, was in ihr enthalten ist, nachfordern [p]).

a) Vgl. insbesondere Thibaut Civil. Abh. Nr. 9. und Schneider in der zum §. 102. Note a) angef. Schrift S. 165 — 214.

b) l. 23. §. 5. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 1. u. l. 3. §. 3 — 6. D. ad exhibend. (X. 4.) l. 18. D. de except. (XLIV. 1.)

c) l. 20. §. 4. D. famil. ercisc. (X. 2.) l. 31. §. 16. D. de aedil. edict.

(XXI. 1.) „. . . . Et quidem saepius agi posse quanto minoris, dubium non est; . . . . “ l. 2. C. de judic. (III. 1.)

d) l. 93. §. 1. D. de legat. III. (XXXII.) l. 14. C. de inoffic. testam. (III. 28.)

e) l. 18. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) „ . . . . quia initio ita constiterint hae duae obligationes, ut altera in judicium deducta, altera nihilominus integra remaneret.“ l. 19. D. eod. l. 130. D. de regul. jur. (L. 17.) „Nunquam actiones, praesertim poenales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit.“

f) §. 19. I. de obligat., quae ex delict. nasc. (IV. 1.) l. 7. §. 1. D. de condict. furt. (XIII. 1.) l. 45. u. 46. D. pro soc. (XVII. 2.) l. 42. D. locat. (XIX. 2.) l. 1. §. 22. D. de tutel. et rat. distrah. (XXVII. 3.) l. 54. §. 3. D. de furt. (XLVII. 2.)

g) l. un. C. quando civil. act. criminali praejud. (IX. 31.) „A plerisque prudentium generaliter definitum est: quoties de re familiari et civilis et criminalis competit actio, *utraque licere experiri*. . . . “ Doch waren nicht alle Röm. Juriſten darin einverſtanden. l. 56. §. 1. D. de furt. (XLVII. 2.) l. 6. in f. D. de injur. (XLVII. 10.)

h) l. 60. D. de obligat. et act. „Nunquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit.“ Vgl. auch Note e) z. E. u. §. 1. in f. I. si quadrup. pauper. fec. dic. (IV. 9.)

i) l. 27. pr. D. ad. leg. Aquil. (IX. 2.) l. 2. §. 1. u. 4. D. de privat. delict. (XLVII. 1.)

k) l. 11. §. 2. D. de serv. corrupt. (XI. 3.) l. 6. pr. D. ad leg. Jul. de adult. (XLVIII. 5.) — Abweichend hiervon iſt Modeſtin in der l. 53. pr. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.), ſo wie überhaupt dieſer Punct unter den Röm. Juriſten ſehr controvers geweſen zu ſeyn ſcheint. l. 32. D. eod.

l) l. 34. §. 1. u. §. 2. init. D. eod. l. 28. §. 4. D. de jurejur. (XII. 2.) l. 2. §. 1. in f. D. de tutel. et rat. distrah. (XXVII. 3.) l. 76. §. 8. D. de legat. II. (XXXI.) l. 9. §. 1. D. de furt. (XLVII. 2.) l. 43. §. 1. D. de regul. jur. (L. 17.) „Quoties concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet.“ l. 57. D. eod. „Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur.“

m) l. 18. u. l. 27. §. 11. D. ad. leg. Aquil. (IX. 2.) l. 18. §. 1. D. commodat. (XIII. 6.)

n) l. 25. §. 1. D. de except. rei judicat. (XLIV. 2.) l. 4. §. 2. u. l. 7. D. de lege commissor. (XVIII. 3.)

o) l. 4. §. 2. u. l. 7. D. cit. l. 9. §. 1. D. de tribut. act. (XIV. 4.) §. 16. I. de obligat., quae ex delict. nasc. (IV. 1.) l. 8. pr. C. de codicill. (VI. 36.)

p) l. 7. §. 1. D. commodat. (XIII. 6.) l. 47. pr. D. pro soc. (XVII. 2.) l. 34. pr. u. §. 2. in f. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) l. 88. D. de furt. (XLVII. 2.)

§. 114.

Uebergang der Klagen auf und gegen die Erben [a]).

Der zum §. 112. angeführte Inſtitutionentitel.

Eine Klage geht auf die Erben (ad heredes) über, wenn ſie von den Erben des Berechtigten angeſtellt werden kann (ſog. activer Uebergang), und gegen die Erben (in heredes) geht ſie über, wenn durch ſie auch die Erben des Verpflichteten in Anſpruch genommen werden können (ſog. paſſiver Uebergang). In der Regel gehen nun alle Klagen ſowohl auf, als gegen die Erben über, weil dieſelben in alle Rechtsverhältniſſe des Verſtorbenen eintreten, und gleichſam ſeine juriſtiſche Perſönlichkeit fortſetzen [b]). Doch leidet dieſe Regel in Bezug auf beyde Arten des Uebergangs Ausnahmen theils bey den populares actiones [c]), theils bey ſolchen Klagen, welche, ohne das Vorhandenſeyn einer eigentlichen Vermögensverletzung, auf Ahndung einer blos perſönlichen Kränkung oder Beleidigung abzwecken (ſog. actiones vindictam spirantes [d])). Ferner gehen reine Pönalklagen zwar auf, aber nicht gegen die Erben über [e]), außer inſoweit dieſe durch das Delict des Erblaſſers bereichert worden ſind [f]), und zugleich (was jedoch nur Ausnahmsweiſe vorkommt,) keine andere Klage exiſtirt, durch welche ſie auf Erſatz belangt werden können [g]). Das Nämliche gilt auch von den mixtae actiones [h]); doch bildet bey ihnen der Uebergang gegen die Erben, inſoweit nämlich die Erbſchaft durch das Delict bereichert iſt, die Regel, da nur ſelten neben einer mixta actio in demſelben Fall auch eine reiperſecutoriſche auf Erſatz vorhanden iſt [i]). Auf gleiche Weiſe gehen auch reiperſecutoriſche Delictsklagen, wenn ſie zu den prätoriſchen gehören, (was bey den meiſten der Fall iſt,) gegen die Erben nur bis zum Betrag ihrer Bereicherung aus dem Delict des Erblaſſers über [k]); während dagegen, wenn jene Klagen aus dem Civilrecht abſtammen, der paſſive Uebergang unbeſchränkt, alſo auf den vollen Erſatz, Statt findet [l]); und das Letztere gilt in der Regel auch bey ſolchen reiperſecutoriſchen Klagen, welche aus Vertragsverhältniſſen wegen einer dabey vorgekommenen Widerrechtlichkeit erhoben werden [m]). Was endlich die dinglichen Klagen anlangt, ſo gehen ſie gegen die Erben des bisherigen Be-

ſitzers, wenn dieſe ſelbſt ſich nicht mehr im Beſitze befinden, nur in ſo fern über, als vom Erblaſſer in Bezug auf die von ihm beſeſſene Sache ein Verſehen begangen worden iſt, das die Erben vertreten müſſen; und ſind ſie durch den vorigen Beſitz ihres Erblaſſers bereichert worden, ſo können ſie wenigſtens durch eine in factum actio auf Herausgabe dieſes Gewinnes belangt werden [n]). — Uebrigens wird der active und paſſive Uebergang der Klagen in den Fällen, wo er ſonſt gar nicht, oder der Letztere doch nur unter Beſchränkungen Statt finden würde, dadurch vollkommen begründet, daß noch bey Lebzeiten der Partheyen die litis contestatio erfolgt iſt [o]).

a) Vgl. Francke Beiträge zur Erläut. einzeln. Rechtsmat. Nr. 1.

b) l. 37. D. de acquir. hered. (XXIX. 2.) l. 11. D. de divers. temporal. praescript. (XLIV. 3.) „ . . . . heres in jus omne defuncti succedit, ... " Nov. 48. praef. in f.

c) l. 7. u. 8. D. de popular. act. (XLVII. 23.) S. jedoch l. 5. §. 13. D. de his, qui effud. (IX. 3.)

d) l. 13. pr. D. de injur. (XLVII. 10.) „Injuriarum actio neque heredi, neque in heredem datur. . . ." Von dieſer Klage wird in der l. 2. §. 4. D. de collat. (XXXVII. 6.) ausdrücklich bemerkt: „. . . . magis . . . . *vindictae*, quam pecuniae habet persecutionem." Vgl. auch Gaj. IV. §. 112. §. 1. I. h. t. „. . . . excepta injuriarum actione, et si qua alia similis inveniatur . . . . " u. Theophil. dazu. Aehnliche, hierher gehörige Klagen kommen vor bey Theophil. l. c. l. 24. D. de in jus voc. (II. 4.) l. 5. §. 4. D. ne quis eum, qui in jus vocab. (II. 7.) l. 15. §. 1. in f. D. solut. matrim. (XXIV. 3.) l. 1. Th. C. de dot. (III. 13.) l. 7. u. 19. J. C. de revoc. donat. (VIII. 56.) An dieſe Klagen reihen ſich gewiſſermaaßen auch die in factum actio gegen einen calumniator, und die inofficiosi testamenti querela an, jedoch nur in ſo fern, als ſie nicht auf die Erben übergehen, während ſie gegen die Erben allerdings Statt finden. l. 4. u. 5. pr. D. de calumniat. (III. 6.) l. 4. l. 6. §. 2. l. 8. pr. l. 29. §. 4. u. l. 31. §. 1. D. de inoffic. testam. (V. 2.) l. 1. §. 8. D. si quid in fraud. patron. (XXXVIII. 5.) Vgl. auch Marezoll in Grolman's und Löhr's Magaz. für Rechtswiſſ. B. 4. S. 363 — 366. u. Mühlenbruch's Lehre von der Ceſſion ꝛc. S. 295 — 302. — Uebrigens folgt daraus, daß der Zweck einer Klage in der *vindicta* beſteht, nicht überall, daß ſie vom activen Uebergang ausgeſchloſſen ſey. Das Gegentheil kommt bey der actio sepulcri violati vor. l. 10. D. de sepulc. viol. (XLVII. 12.) „ . . . . cum, etsi per hereditatem obtigit haec actio, nihil tamen ex defuncti capiatur voluntate, neque id capiatur, quod in rei persecutione, sed in *sola vindicta* sit consti-

tutum.“ l. 20. in f. D. de acquir. hered. (XXIX. 2.) Auf der andern Seite giebt es auch einige ſpecielle Fälle, wo eine Klage, obgleich es ſich bey ihr nicht um vindicta, ſondern blos um ein pecuniäres Intereſſe handelt, doch auf die Erben nicht übergeht. Gaj. IV. §. 113. u. l. 9. D. de religios. (XI. 7.)

e) Gaj. IV. §. 112. §. 1. I. h. t. „. . . . Est . . . . certissima juris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem non competere veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriae; sed heredibus hujusmodi actiones competunt, nec denegantur, excepta injuriarum actione, ...“ l. 1. pr. u. §. 1. D. de privat. delict. (XLVII. 1.) „Civilis constitutio est, poenalibus actionibus heredes non teneri, nec ceteros quidem successores. . . . Heredem autem furti agere posse, aeque constat; exsecutio enim quorundam delictorum heredibus data est. Ita et legis Aquiliae actionem heres habet. Sed injuriarum actio heredi non competit.“ l. 5. §. 5. u. 13. D. de his, qui effud. (IX. 3.) l. 22. in f. D. de oper nov. nunciat. (XXXIX. 1.) „. . . . in poenam heres non succedit.‘ l. 111. §. 1. D. de regul. jur. (L. 17.)

f) l. 38. D. eod. „Sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset.“ l. 3. pr. D. de vi (XLIII. 16.) „. . . . quia ex facinoribus defunctorum de eo, quod ad heredem pervenit, actio datur. . . .“ l. 5. pr. D. de calumniator. (III. 6.) „. . . . Nam est constitutum, turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina exstinguantur; . . . .“

g) l. 5. pr. D. cit. Vgl. Francke a. a. O. S. 6 — 9.

h) §. 9. I. de lege Aquil. (IV. 3.) vergl. mit §. 19. I. de action. (IV. 6.) l. 23. §. 8. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) l. 16. §. 2. D. quod metus causa gest. er. (IV. 2.) l. 1. §. 23. D. de tutel. et ration. distrah. (XXVII. 3.) vergl. mit l. 2. §. 2. D. eod.

i) S. jedoch l. 2. §. 27. D. vi bon. rapt. (XLVII. 8.) u. l. 10. pr. D. commun. divid. (X. 3.) Vgl. Francke a. a. O.

k) l. 44. D. de regul. jur. (L. 17.) „Toties in heredem damus de eo, quod ad eum pervenit, quoties ex dolo defuncti convenitur, non quoties ex suo.“ l. un. C. ex delict. defunct. (IV. 17.) „. . . . successores, in quantum ad eos pervenit, conveniri juris absolutissimi est, ne alieno scelere ditentur.“ l. 17. §. 1. l. 26. u. 27. D. de dol. mal. (IV. 3.) l. 7. §. 5. u. l. 9. §. 2. D. de tribut. act. (XIV. 4.) l. 9. §. 8. l. 10. u. 11. D. de reb. auctor. jud. possid. (XLII. 5.) l. 10. §. 25. u. l. 11. D. quae in fraud. creditor. (XLII. 8.) Vgl. Francke a. a. O. S. 33 — 36. — Von dieſer Regel wich im ältern Recht die rerum amotarum actio ab, l. 6. §. 4. D. de act. rer. amot. (XXV. 2.), während ſie dagegen im neuern Recht wiederum mit der angegebenen Regel übereinſtimmt. l. 3. C. eod. (V. 21.) Vgl. Francke a. a. O. S. 38. u. 39.

l) Namentlich iſt dieß der Fall bey der condictio furtiva. §. 19. in f. I. de obligat., quae ex delict. nasc. (IV. 1.) l. 7. §. 2. D. de condict. furt. (XIII. 1.) l. 9. D. eod. „In condictione ex causa furtiva non pro parte, quae pervenit, sed in solidum tenemur, dum soli heredes sumus; pro parte autem heres pro ea parte, pro qua heres est, tenetur.“ Vgl. Francke a. a. O. S. 28 — 36. Da ſich indeſſen kein anderes Beyſpiel einer aus dem Civilrecht abſtammenden, reiperſecutoriſchen Delictsklage, mit welcher der Erbe unbeſchränkt auf vollen Erſatz belangt werden könnte, nachweiſen läßt, ſo dürfte dieſe Eigenthümlichkeit der condicto furtiva vielleicht auch aus dem in unſern Quellen ausgeſprochenen Haß gegen die Diebe (odium furum, Gaj. IV. §. 4. u. §. 14. I. de action. [IV. 6.]) zu erklären ſeyn. Vgl. die Bemerkung von Schrader in ſeiner Inſtitut. Ausg. p. 597. v. *heredemve ejus.*

m) l. 10. pr. D. commun. divid. (X. 3.) l. 7. §. 1. D. depos. (XVI. 3.) l. 12. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) l. 49. D. eod. „Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur. . . .“ l. 152. §. 3. D. de regul. jur. (L. 17.) „In contractibus, quibus doli praestatio vel bona fides inest, heres in solidum tenetur.“ l. 157. §. 2. D. eod. „In contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non tantum in id, quod pervenit, verum etiam in solidum tenentur, hoc est unusquisque pro ea parte, qua heres est.“ In einzelnen Fällen kommen allerdings Beſchränkungen dieſer Regel vor. l. 4. D. de magistrat. conven. (XXVII. 8.) l. 1. C. de hered. tutor. (V. 54.) Vgl. Francke a. a. O. S. 9 — 16. Mit der Regel ſelbſt aber ſcheint das im Widerſpruch zu ſtehen, was im §. 1. I. h. t. (an der Stelle eines von Gaj. IV. §. 113. erwähnten, aber für das neuere Röm. Recht nicht mehr anwendbaren Ausnahmefalles,) vorkommt: „Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, cum testator dolose versatus sit, et ad heredem ejus nihil ex eo dolo pervenerit;“ allein wahrſcheinlich geht dieſe Aeußerung auf ſolche Fälle, wo wegen eines in einem Contractsverhältniſſe begangenen dolus nicht die Contractsklage ſelbſt, ſondern blos die doli actio (die freylich gegen den Erben nur in ſo weit übergeht, als er durch den dolus bereichert worden iſt, ſ. Note k),) Statt findet, wie namentlich bey allen stricti juris contractus. Vgl. Schrader zu dieſer Stelle in ſeiner Inſtitut. Ausg. p. 704. — Ueber andere Erklärungsverſuche ſ. Francke a. a. O. S. 16 — 28.

n) l. 42. 52. u. 55. D. de rei vindic. (VI. 1.)

o) §. 1. I. h. t. l. 8. §. 1. D. de fidejuss. tutor. (XXVII. 7.) l. 26. u. 58. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) l. 13. pr. D. de injur. (XLVII. 10.) l. 87. l. 139. pr. u. l. 164. D. de regul. jur. (L. 17.) l. un. C. ex delict. defunct. (IV. 17.) Vgl. Keller Ueber Litis-Conteſtation ꝛc. S. 166 — 169. vergl. mit S. 76. fgg. — Uebrigens hat Ausnahmsweiſe in einzelnen Fällen auch ſchon eine frühere Handlung, als die litis contestatio, nämlich die bloße Anſtellung einer Klage, oder gar ſchon die Vorbereitung dazu, die Wirkung, den activen oder paſſiven Uebergang

derſelben zu begründen. l. 6. §. 2. u. l. 7. D. de inoffic. testam. (V. 2.) l. 5. C. eod. (III. 28.). — l. 33. D. de obligat. et act. vergl. mit l. 10. §. 2. in f. D. si quis caution. (II. 11.) Vgl. Francke a. a. O. S. 42. u. 43.

Erinnerung. Auch bey Lebzeiten des Berechtigten können die demſelben zuſtändigen Klagen in der Regel auf Andere übertragen werden, und zwar durch cessio (vgl. Zuſatz zum §. 96.), oder durch delegatio, wovon im Obligationenrechte zu handeln iſt.

§. 115.

Von dem Erlöſchen der Klagen überhaupt und der Verjährung derſelben insbeſondere[a]).

Der zum §. 112. angeführte Inſtitutionentitel.

Tit. D. de divers. temporal. praescription. etc. (XLIV. 3.)

Tit. C. de praescriptione XXX. vel XL. annorum. (VII. 39.)

Abgeſehen von den ſchon im §. 113. und 114. vorgekommenen Fällen, wo eine Klage entweder durch die Anſtellung einer andern Klage, mit der ſie nur alternativ oder electiv concurrirte, oder Ausnahmsweiſe auch durch den Tod des Berechtigten oder Verpflichteten aufgehoben wird, erlöſchen die Klagen überhaupt: 1) Sobald das Recht, worauf ſie beruhten, erloſchen, oder die dießfallſige Verbindlichkeit auf irgend eine Art getilgt iſt[b]). 2) Durch die rechtskräftige richterliche Entſcheidung der Sache (res judicata)[c]). Im älteſten Rechte, ſo lange die legis actiones im Gebrauch waren, konnte eine einmal angeſtellte Klage nachher über den nämlichen Gegenſtand nicht wieder erneuert werden; vielmehr war ſie ipso jure erloſchen[d]). In der Folge galt dieß jedoch nur, wenn in einem legitimum judicium (§. 111.) eine in personam actio durch eine in jus concepta formula (§. 110.) angeſtellt worden war, während dagegen in allen übrigen Fällen, alſo wenn in einem legitimum judicium entweder in rem, oder durch eine in factum concepta formula geklagt worden war, ſo wie bey jedwedem imperio continens judicium, das Klagrecht zwar ipso jure noch fortbeſtand, jedoch die erneuerte Klage durch eine Einrede des Beklagten, nämlich die exceptio rei judicatae (a. u.) oder in judicium deductae, entkräftet werden konnte[e]).

Im neueſten Röm. Recht wird das Recht des Klägers durch Anſtellung der Klage nie mehr ipso jure aufgehoben [f]), ſondern es findet überall, wo der bereits abgeurtheilte Streitpunct unter den nämlichen Partheyen wieder zur Sprache gebracht wird, die exceptio rei judicatae Statt [g]). 3) Durch das, was man Präcluſion, oder auch wohl gerichtliche Verjährung zu nennen pflegt, d. h. Verwirkung eines gerichtlichen Anſpruchs durch unterlaſſene Geltendmachung deſſelben zur gehörigen Zeit, (wobey insbeſondere die Verſäumniß der proceſſualiſchen Friſten in Betracht kommt) [h]). 4) Durch die vorzugsweiſe ſogenannte Klagen-Verjährung, d. h. Erlöſchung der Klagen wegen unterbliebener Anſtellung derſelben während des geſetzlich beſtimmten Zeitraums. (§. 98.) Doch gilt dieſe Art der Verjährung erſt im neuern Röm. Recht als allgemeine Regel, und es kommt hierbey der im §. 112. erörterte Unterſchied zwiſchen temporales und perpetuae actiones in Betracht. Für die Dauer der temporales actiones läßt ſich keine allgemeine Regel aufſtellen, als die negative: daß ſie in kürzerer Zeit, als in 30. Jahren erlöſchen. Gewöhnlich dauern ſie freylich nur Ein Jahr [i]); doch erlöſchen manche in einer noch kürzern Friſt [k]), andere dagegen erſt nach etlichen Jahren [l]). Diejenigen Klagen aber, welche im ältern Recht perpetuae actiones im eigentlichen Sinne waren, (ſo lange nämlich das ihnen zum Grunde liegende Recht beſtand) verjähren nach einer Verordnung von Theodos II. in der Regel nach 30. Jahren ſeit ihrer Begründung [m]); doch kommt Ausnahmsweiſe in folgenden Fällen eine längere Verjährung vor: α) Bey der hypothekariſchen Klage, inſofern ſie gegen den Schuldner ſelbſt oder deſſen Erben gerichtet iſt. In dieſer Beziehung war ſie nämlich in jener von Theodos über die Klagen-Verjährung aufgeſtellten Regel noch nicht mit begriffen [n]), und wurde erſt von Juſtin der 40jährigen Verjährung unterworfen [o]). β) Bey den Klagen des Regenten in Bezug auf die ihm gehörigen Grundſtücke (fundi patrimoniales), als welche nach einer Verordnung von Anaſtaſius ebenfalls erſt durch eine 40jährige Verjährung erlöſchen [p]). γ) Bey den Klagen der Kirchen und milden Stiftungen, in Bezug auf welche jedoch Juſtinian's Geſetzgebung ſich nicht gleich geblieben iſt. Denn in einer frühern Verordnung beſtimmte er, daß jene Anſprüche nur einer Verjähruug von 100.

Jahren (welchen Zeitraum er als das längſte Ziel des menſchlichen Lebens bezeichnet,) unterworfen ſeyn ſollten [q]), und verlieh einige Zeit darauf dieſes Vorrecht auch allen katholiſchen Kirchen des weſtlichen Reichs [r]). Späterhin aber hob er dieſe 100jährige Verjährung wiederum auf, und ſetzte an deren Stelle in der angegebenen Beziehung die 40jährige [s]). δ) Bey der Klage auf Zurückforderung des in einem unerlaubten Spiele Verlornen, als welche nach Juſtinian's Verordnung erſt in 50. Jahren verjährt [t]). ε) Außerdem verjährt auch jede Klage, welche nach ihrer Anſtellung wieder liegen gelaſſen worden iſt, ſtatt der von Theodos II. auch für dieſen Fall beſtimmten Friſt von 30. Jahren [u]), nach einer Verordnung Juſtinian's erſt nach 40. Jahren, von der letzten gerichtlichen Handlung an gerechnet [v]). — Uebrigens läuft während der Unmündigkeit des zu einer Klage Berechtigten noch gar keine Verjährung [x]), und gegen Minderjährige läuft nur die gewöhnliche Klagen-Verjährung von 30. Jahren, während dagegen bey Temporalklagen derſelben, nach Juſtinian's Verordnung, erſt mit dem Eintritt der Volljährigkeit die Verjährung zu laufen anfängt [y]).

a) Vgl. das zum §. 98. Note a) angef. Werk von Unterholzner §. 256 — 283.

b) Dieß ergiebt ſich ſchon aus dem Begriff der actio, als eines gerichtlichen Schutz- und Verfolgungsmittels der Rechte. Vgl. §. 102.

c) l. 1. D. de re judic. (XLII. 1.) „*Res judicata* dicitur, quae finem controversiarum pronunciatione judicis accepit, quod vel condemnatione, vel absolutione contingit.“ Der res judicata ſteht gewiſſermaaßen auch die Eidesleiſtung über eine beſtrittene Thatſache gleich. l. 2. l. 7. 8. u. 9. pr. u. l. 28. §. 4. D. de jurejur. (XII. 2.)

d) Gaj. IV. §. 108.

e) Id. §. 106. u. 107. Die exceptio rei in judicium deductae konnte nach Beendigung des erſtern Proceſſes gegen die erneuerte Klage wohl nur dann gebraucht werden, wenn jener Proceß Ausnahmsweiſe ohne Urtheil erloſchen war, z. B. durch die ſog. Proceßverjährung (vgl. den Zuſatz zum §. 112.); denn war er durch ein Urtheil entſchieden, ſo fand dann wohl allemal die exceptio rei judicatae Statt.

f) §. 5. I. de except. (IV. 13.)

g) l. 3. D. de except. rei judic. (XLIV. 2.) „Julianus .... respondit, exceptionem rei judicatae obstare, quoties eadem quaestio inter easdem personas revocatur; ....“ — Die exceptio rei in judicium deductae wird im Juſtinianiſchen Rechte nicht mehr er-

wähnt. Vgl. hierüber Bethmann-Hollweg's Verſuche über einzelne Theile der Theor. des Civilproz. S. 151 — 153.

h) Symmach. Ep. X. 52. u. 59. l. 1. Th. C. de tempor. curs. (II. 6.) l. 6. u. 8. J. C. de remiss. pign. (VIII. 26.) Nov. 112. c. 3.

i) Dieß gilt hauptſächlich von den prätoriſchen Delictsklagen (vgl. §. 112. Note d)), und namentlich auch von den dazu gehörigen populares actiones. l. 8. D. de popular. act. (XLVII. 23.)

k) Namentlich die ädiliciſchen Klagen. Vgl. §. 112. Note d) z. E.

l) Z. B. die inofficiosi testamenti querela nach 5. Jahren, l. 8. §. 17. u. l. 9. D. de inoffic. testam. (V. 2.) l. 34. in f. C. eod. (III. 28.), die auf Reſtitution abzweckenden Klagen nach dem Juſtinianiſchen Recht in 4. Jahren. l. 7. C. de tempor. in integr. restitut. (II. 53.) u. ſ. w.

m) l. un. Th. C. de action. cert. temp. fin. (IV. 14.) l. 3. J. C. h. t. „Sicut in rem speciales, ita de universitate, ac personales actiones ultra XXX. annorum spatium minime protendantur; .... Quae ergo antea non motae sunt actiones, XXX. annorum jugi silentio, ex quo jure competere coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem; .... Hae autem actiones annis triginta continuis exstinguantur, quae *perpetuae* videbantur, non illae, quae antiquis temporibus limitabantur (oder wie es im Th. C. heißt: quae antiquitus fixis temporibus limitantur). ....“

n) Vgl. die in der vorigen Note angef. Stellen.

o) l. 7. pr. C. h. t. Es ſcheint alſo dieſer Fall auch in der von Anaſtaſius herrührenden l. 4. C. h. t., nach welcher die der 30jährigen Verjährung unterworfen geweſenen Klagen in 40. Jahren erlöſchen ſollen, nicht mit begriffen geweſen zu ſeyn, wie denn überhaupt der Sinn dieſer Verordnung dunkel iſt. Vgl. Unterholzner i. a. W. B. 1. S. 63 — 65.

p) l. 14. C. de. fund. patrimon. (XI. 61.)

q) l. 23. C. de sacrosanct. eccles. (I. 2.) Dieſe Begünſtigung ſoll (nach der Erzählung von Procopius und Suidas,) die Kirche von Emesus durch Beſtechungen erlangt haben; und auffallend iſt es allerdings, daß am Schluſſe der l. cit. dieſer neuen Anordnung rückwirkende Kraft beygelegt wird. Vgl. Unterholzner i. a. W. B. 1. S. 139. Note 141).

r) Nov. 9.

s) Nov. 111. u. 131. c. 6. Vgl. Unterholzner i. a. W. §. 40 — 43.

t) l. 1. u. 3. C. de aleator. (III. 43.)

u) l. un. §. 1. Th. C. de act. cert. temp. fin. (IV. 14.) „.... In eandem rationem illis procul dubio recasuris, quae post litem contestatam, in judicium actione deducta, ... triginta denuo annorum devoluto curriculo, tradita oblivioni ex diuturno silentio comprobantur.“

v) l. 9. C. h. t. „.... Quod nos corrigentes, eandem exceptionem, quae ex triginta annis oritur, ... in quadragesimum an-

num extendimus. . . . Quod tempus (i. e. XL. annorum spatium) ex eo numerari decernimus, *ex quo novissima processit cognitio*, postquam utraque pars cessavit.“ l. 1. §. 1. C. de annal. except. (VII. 40.) „. . . . . exceptis omnibus actionibus, ... quae in judicium deductae sunt, et cognitionalia acceperunt certamina, et postea silentio traditae sunt, in quibus non XXX. sed XL. annos esse exspectandos, *ex quo novissimum litigatores tacuerunt*, lex nostra antea promulgavit.“ Nicht ganz übereinſtimmend iſt Linde in der Zeitſchrift für Civilr. u. Proz. B. 2. S. 173. fgg. — Uebrigens ſtehen dieſe Beſtimmungen Juſtinian's mit der im Zuſatz zu §. 112. erwähnten Verordnung deſſelben, daß in der Regel kein Civilproceß über 3. Jahre hinausgezogen werden ſolle, nicht im Widerſpruch. Denn die Letztere iſt an die judices gerichtet, und beſtimmt, was ſie zur Beſchleunigung der Proceſſe zu thun haben, ohne jedoch den Kläger von dem Rechte auszuſchließen, die angeſtellte, aber liegengelaſſene Klage bis zum Ablauf der Verjährungszeit wieder aufzunehmen und fortzuſtellen.

x) l. un. §. 2. Th. C. cit. l. 3. J. C. h. t. „. . . . pupillari aetate duntaxat, quamvis sub tutoris defensione consistat, huic eximenda sanctioni.“ l. 7. pr. u. §. 1. C. h. t.

y) l. 5. C. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est (II. 41.) „. . . . Sed humanius est latius eandem legis interpretationem extendere: in omnibus casibus, in quibus vetera jura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, ... eas ipso jure non currere; . . . . videlicet exceptionibus XXX. vel XL. annorum in suo statu remanentibus.“ Nach dem frühern Recht fand (worauf auch Juſtinian in der l. cit. hindeutet,) obſchon nicht ohne Ausnahmen, auch gegen Minderjährige in Anſehung der ihnen zuſtändigen Temporalklagen die Verjährung Statt; doch wurden ſie gegen den dadurch erlittenen Nachtheil in integrum reſtituirt. Vgl. Unterholzner i. a. W. §. 35.

Zuſatz 1. Auch für die Klagen der Stadtgemeinden hatte Juſtinian durch die in der Note q) erwähnte Verordnung ebenfalls die 100jährige Verjährung eingeführt; doch iſt ſie nach ſeiner wahrſcheinlichen Abſicht, wie dieſelbe ſich insbeſondere aus den in der Nov. 111. praef. angeführten Gründen ergiebt, durch dieſes Geſetz auch in Bezug auf Stadtgemeinden mit aufgehoben worden, und da Juſtinian die durch die Nov. cit. c. 1. u. Nov. 131. c. 6. für die Klagen der Kirchen und milden Stiftungen beſtimmte 40jährige Verjährung nicht auch zugleich auf die Klagen der Stadtgemeinden erſtreckt hat, ſo iſt auf ſie die regelmäßige Verjährung von 30. Jahren anzuwenden. Vgl. Unterholzner i. a. W. §. 45.

Zuſatz 2. Eine frühere, als die regelmäßige Erlöſchung der Klage kann auch in Folge der erwerbenden Verjährung von Seiten des Gegners eintreten, wenn dieſe nämlich früher, als in 30. Jahren, vollendet wird. Vgl. Thibaut über Beſitz und Verjährung, (Jena 1802.) §. 45.

§. 116.

Grundsätze von der Klagenverjährung.

1) Die Verjährung einer Klage kann nicht eher zu laufen anfangen, als bis die Klage selbst vollständig begründet, und also die rechtliche Möglichkeit, sie anzustellen, eingetreten ist [a]). (*Actioni nondum natae non praescribitur.*) Dagegen haben blos factische Hindernisse der Klaganstellung in der Regel keinen Einfluß auf die Hemmung der Verjährung [b]), außer bey solchen Klagen, für welche ein utile tempus (§. 99.) bestimmt ist [c]); was bey manchen Temporalklagen des honorarischen Rechts vorkommt [d]). (Nur unter diesen Beschränkungen kann also der von den Neuern aufgestellte Satz: **Agere non valenti non currit praescriptio**, für richtig gelten [e]).) Auch kommt bey der Klagenverjährung auf die bona oder mala fides des sog. Präscribenten nichts an [f]). 2) Der Lauf der Klagenverjährung darf nicht unterbrochen werden [g]). Es erfolgt nun aber eine Unterbrechung derselben (temporis interruptio, a. u., oder temporalis interruptio) theils dadurch, daß der Verpflichtete seine Verbindlichkeit ausdrücklich oder factisch anerkennt [h]), theils dadurch, daß der Berechtigte entweder seine Klage vor Gericht anbringt, und dem Beklagten mittheilt [i]), (wobey nach Justinian's Entscheidung dieser vorher bestrittenen gewesenen Frage, schon eine allgemeine Angabe seines Rechts gegen den Gegner hinreicht, um die Verjährung aller seiner Ansprüche gegen denselben zu unterbrechen [k]),) oder auch äußersten Falls, wenn der Beklagte wegen eines factischen Hindernisses nicht unmittelbar in Anspruch genommen werden kann, seinen Willen, ihn zu verklagen, schriftlich auf gehörige Weise zu erkennen giebt [l]). 3) Die Klagenverjährung ist erst dann vollendet, wenn der letzte Tag der gesetzlich bestimmten Frist ganz abgelaufen ist [m]). 4) Was die Wirkungen dieser Verjährung anlangt, so ist es freylich sehr bestritten, ob durch sie das ganze Recht, worauf die Klage beruhte, erlösche, oder aber nur die Befugniß zu klagen, so daß das Recht selbst noch fortdaure, und auf andere Art, als durch eine Klage, geltend gemacht werden könne. Indessen scheint die erstere Meinung nicht blos dem allgemeinen Zweck der Verjährung (§. 98. Note p) u. q)), sondern auch

ausdrücklichen Aeußerungen unſerer Quellen[n]) angemeſſener[o]). Nach dieſer Anſicht kann alſo ein erloſchenes Klagerecht in der Regel auch nicht mehr durch eine Einrede geltend gemacht werden, außer wo es in Bezug auf eine Temporalklage ausdrücklich nachgelaſſen iſt[p]).

a) l. un. §. 1. Th. C. de act. cert. temp. fin. (IV. 14.) l. 3. J. C. h. t. „ . . . . actiones, ... *ex quo jure competere coeperunt*, ... “ l. 1. §. 1. C. de annal. except. (VII. 40.) „ . . . . ex quo ab initio competit, et semel nata est, ... post memoratum tempus finiri, ... “ Anwendungen davon kommen vor in der l. 1. §. 2. C. eod. l. 4. in f. C. de bon. quae liber. (VI. 61.) l. 30. in f. C. de jure dot. (V. 12.) l. 7. §. 4. C. h. t.

b) l. un. §. 2. Th. C. cit. l. 3. J. C. h. t. „ . . . . non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, ... “

c) l. 1. D. h. t. l. 6. D. de calumniat. (III. 6.)

d) Z. B. l. 55. D. de aedilic. edict. (XXI. 1.) l. 6. §. 14. D. quae in fraud. credit. (XLII. 8.) Gewöhnlich nimmt man bey allen prätoriſchen Temporalklagen im Zweifel ein utile tempus an, (vgl. z. B. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 3. S. 563.); doch iſt die Annahme des Gegentheils wohl richtiger. Vgl. §. 99. Auch iſt es bey der 30- und 40jährigen Verjährung außer allem Zweifel, daß die Zeit ununterbrochen fort zu rechnen ſey. l. 3. C. h. t. „ . . . . annis triginta *continuis* exstinguantur, ... “ l. 4. C. h. t. „ . . . . XL. annorum exstinctum est *jugi silentio*, ... “

e) Vgl. Unterholzner i. a. W. §. 88.

f) l. 8. §. 1. C. h. t.

g) l. 3. C. h. t. „ . . . . *jugi silentio*, ex quo jure competere coeperunt, ... “ l. 4. l. 7. pr u. §. 5. C. h. t. l. 2. C. de annal. except. (VII. 40.)

h) l. 7. §. 5. u. l. 8. §. 4. C. h. t. l. 5. C. de duob. reis stip. (VIII. 40.)

i) l. 7. pr. C. h. t. „ . . . . si non interruptum erit silentium, ut lege cautum est, id est etiam per *solam conventionem*, . . . “ l. 3. C. de annal. except. (VII. 40.) „ . . . . qui obnoxium suum in judicium clamaverit, et *libellum conventionis ei transmiserit*, ... videri jus suum omne eum in judicium deduxisse, et esse interrupta temporum curricula. . . . “ Hat der Kläger ſein Klaggeſuch in einem Bittſchreiben dem Regenten überreicht, ſo wird erſt dann, wenn das dadurch beym Regenten ausgewirkte, und vom Kläger dem Richter inſinuirte Reſcript vom Letztern dem Beklagten mitgetheilt worden iſt, die Verjährung der Klage unterbrochen. l. un. §. 1. Th. C. de act. cert. temp. fin. (IV. 14.) l. 3. J. C. h. t. — Nach dem ältern

Recht wurde bey den Temporalklagen die Verjährung erſt durch die litis contestatio unterbrochen, l. 8. §. 1. in f. D. de fidejuss. tut. (XXVII. 7.) l. 9. §. 3. D. de jurejur. (XII. 2.), und dieß nimmt Unterholzner i. a. W. §. 124. auch noch für das neueſte Röm. Recht in Bezug auf die praescriptio XXX. vel XL. annorum an.

k) l. 3. C. de annal. except. (VII. 40.)

l) l. 2. C. eod.

m) l. 6. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) „In omnibus temporalibus actionibus, *nisi novissimus totus dies compleatur*, non finit obligationem (oder nach einer andern Lesart: non finitur obligatio).“ Ueber dieſe Stelle vgl. Unterholzner i. a. W. B. 1. S. 297. Note 306).

n) Z. B. l. 6. D. cit. in den letzten Worten, desgl. l. 4. C. h. t. „.... nullumque jus privatum vel qublicum in quacunque causa, vel quacunque persona, quod praedictorum XL. annorum *exstinctum est jugi silentio*, moveatur; ....“

o) Vgl. insbeſondere Büchel Civilrechtl. Erörter. Nr. 1. (auch unter dem beſondern Titel: Ueber die Wirkung der Klagenverjährung, Marb. 1832.) — Ueber die zahlreichen, dieſe Streitfrage betreffenden Abhandlungen (oder auch gelegentlichen Aeußerungen), beſonders aus der neueſten Zeit, ſ. Büchel a. a. O. S. 2. u. 3. u. Mackeldey's Lehrb. des heut. Röm. Rechts §. 199. Note i). Hinzuzufügen iſt noch Mühlenbruch in der Fortſetzung von Glück's Erläut. der Pand. Th. 35. S. 462. Note 67), und Roßhirt in der Zeitſch. für Civil- und Criminalr. B. 1. H. 3. S. 390. fgg.

p) Dieß gilt namentlich von der doli exceptio, wenn auch die de dolo actio ſchon verjährt iſt. l. 5. §. 6. D. de doli mali except. (XLIV. 4.) „Non, sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est; nam haec perpetuo competit, ...“ S. jedoch l. 30. §. 6. D. de pecul. (XV. 1.) Vgl. auch l. 5. C. de except. (VIII. 36.) Doch will Büchel a. a. O. S. 8. u. fgg. auch nicht einmal dieſe Ausnahme anerkennen, indem er vielmehr den Satz durchzuführen ſucht: daß aus demſelben Grunde, und auf denſelben Gegenſtand gerichtet, niemals Klage und Einrede gleichzeitig derſelben Perſon zuſtehen können. S. dagegen R. Schneider in der Hall. Liter.-Zeit. 1835. Nr. 76. S. 606. fgg. — Wenn aber freylich Manche unſerer Juriſten die Regel aufſtellen: Quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua, und darnach jene Controverſe entſcheiden wollen, ſo iſt dieß eine offenbare petitio principii, und ein Verſtoß gegen das, was die l. 1. D. de regul. jur. (L. 17.) will: „Non ex regula jus sumatur, sed *ex jure, quod est, regula fiat.*“ — Nach der hier befolgten Meinung über die Wirkung der Klagenverjährung kann jener Satz der Neuern nicht als Regel, ſondern vielmehr nur als Ausnahme von der Regel angeſehen werden.

§. 117.

II) Exceptio oder praescriptio.

A) Begriff, Natur, Zweck und Form derselben.

Tit. I. de exceptionibus. (IV. 13.)

Tit. D. de exceptionibus, praescriptionibus et praejudiciis. (XLIV. 1.)

Tit. C. de exceptionibus seu praescriptionibus. (VIII. 36.)

Exceptio, als technischer Ausdruck, bezeichnet im weitern Sinne überhaupt das Vorbringen einer streitenden Parthey vor Gericht, um dadurch die Behauptung des Gegners zu entkräften, und in diesem weitern Sinne ist darunter auch z. B. die replicatio des Klägers (§. 120.) mit begriffen [a]). Im engern und gewöhnlichen Sinne aber heißt *exceptio* das Vorbringen des Beklagten zu seiner Vertheidigung gegen die Klage [b]), (Einrede, Einwendung oder Ausflucht,) und wird daher auch vorzugsweise *defensio* genannt [c]). Dem ursprünglichen Begriffe nach setzt die exceptio im engern Sinne voraus, daß die Klage zwar nach den Regeln des Civilrechts begründet (justa), aber unter den obwaltenden Umständen unbillig (iniqua) sey [d]); und es erscheint hiernach die dem Beklagten gegen eine solche Klage zu Statten kommende exceptio als ein prätorisches Schutzmittel der aequitas gegen die Strenge des jus civile [e]). Indessen erfuhr dieser ursprüngliche Begriff in mehrfacher Hinsicht Erweiterungen, indem auch solche Einwendungen gegen die Klage, welche blos gegen die Art ihres Anbringens gerichtet sind [f]), ja auch selbst Einreden gegen eine durch das Civilrecht für unstatthaft erklärte Klage *exceptiones* genannt wurden [g]). Dagegen gehört das Anführen solcher Thatsachen, durch deren Eintritt das Anfangs begründet gewesene Klagrecht seiner Grundlage wieder beraubt, und also schon nach dem Civilrecht geradezu (ipso jure) wieder aufgehoben worden ist, (z. B. das Anführen, daß die eingeklagte Schuld bereits bezahlt sey,) eben so wenig unter den Begriff von exceptio [h]), als das bloße Ableugnen des Klaggrundes, obgleich Beydes in dem allgemeinen Begriff von defensio mit enthalten ist [i]). — In der Regel ist es nun einem Jeden, dem aus einem Rechtsverhältnisse ein Klagrecht zukommt, gestattet, sein dießfallsiges Recht durch

eine Einrede geltend zu machen [k]); aber außerdem dient die exceptio auch zum Schutz solcher Rechte, welche keine Klage erzeugen [l]), sofern ihnen nur nicht alle und jede Wirksamkeit durch das positive Recht entzogen ist [m]). Ueberhaupt ist die Wirksamkeit einer Einrede dadurch bedingt, daß der Grund, worauf sie beruht, gerade der bestimmten Forderung des Klägers, oder der Art, wie die Klage angebracht ist, entgegenstehe [n]). — Durch den Gebrauch von Einreden kann nun der Beklagte regelmäßig nur die Zurückweisung oder Verminderung des klagbar gemachten Anspruchs, nicht aber auch eine eigentliche Verurtheilung des Klägers in der Hauptsache (also abgesehen von den Proceßkosten,) bewirken [o]), ausgenommen theils in den duplicia judicia, weil nämlich bey diesen der Kläger auch zugleich Beklagter ist (§. 108.), theils auch, nach der von Justinian bestätigten und erweiterten Meinung Papinian's, alsdann, wenn die aus demselben Rechtsverhältnisse herrührende, und in demselben Processe vom Beklagten gegen den Kläger geltend gemachte Gegenforderung entweder die Forderung des Letztern übersteigt, oder auf etwas Anderes gerichtet ist [p]). Es liegt jedoch in dem Vorbringen von Einreden an und für sich noch kein Zugeständniß des Klaggrundes [q]), (*qui excipit, non fatetur,*) vielmehr kann der Beklagte den Klaggrund ableugnen, und dennoch eventuell, d. h. auf den Fall, daß derselbe bewiesen werden sollte, Exceptionen vorschützen [r]). — Was die Form derselben anlangt, so wurden sie ehedem im Formularprocesse auf den der vorgebrachten Behauptung entgegengesetzten Fall (in contrarium) abgefaßt; wovon der Grund darin lag, weil die exceptio in die Instructionsformel für den Richter so eingerückt wurde, daß sie die Condemnation bedingt machte, d. h. daß der Richter den Beklagten nicht anders verurtheilen sollte, als wenn das nicht vorgefallen wäre, was in der Einrede angegeben war [s]). Daher wird auch die *exceptio* in unsern Quellen so definirt: *conditio*, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem [t]). Uebrigens gab es in den ältesten Zeiten bey den Römern, so lange die legis actiones in Gebrauch waren, noch keine exceptiones [u]). — Zur Bezeichnung derselben wird auch der Ausdruck *praescriptio* gebraucht, welcher im ursprünglichen Sinne überhaupt eine der Klagformel vorausgeschickte, oder an deren

Spitze geſtellte Bemerkung bedeutet [v]). Schon im ältern Röm. Recht, d. h. ſeitdem die formulae an die Stelle der legis actiones getreten waren [x]), gab es gewiſſe praescriptiones zum Schutz des Beklagten [y]); doch wurden dieſe ſpäterhin wie eigentliche Exceptionen behandelt [z]), und ſeitdem kamen praescriptiones im eigentlichen Sinne nur noch auf Seiten des Klägers vor [aa]). (vgl. Zuſatz 1.) Deſſenungeachtet wurde jener Ausdruck auch zur Bezeichnung der Einreden des Beklagten beybehalten [bb]), und ſo kommt es, daß die nämliche Einrede bald exceptio, bald praescriptio heißt [cc]).

a) l. 2. §. 1. u. l. 22. §. 1. D. h. t.

b) l. 12. §. 1. D. de interrogat. in jure fac. (XI. 1.) „Exceptionibus, quae institutis in judicio contra reos actionibus opponuntur, ...“ l. 10. C. h. t. „. . . . exceptionibus . . . ., quibus reis auxilium tribuitur. . . .“ l. 2. pr. D. h. t. „*Exceptio* dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cujusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.“ (In der Florentiniſchen Handſchrift ſteht zwiſchen quae und opponi ein dahin gar nicht paſſendes *inter*, und bald darauf kommt, ſtatt excludendum, das einfache *cludendum* vor. Wahrſcheinlich gehört jenes inter zu dieſem cludendum, ſo daß zu leſen wäre: *intercludendum*, ſtatt des gewöhnlichen: excludendum.)

c) l. 5. D. h. t. l. 52. pr. D. de judic. (V. 1.) l. 76. §. 1. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 11. C. h. t. Auch findet ſich die Zuſammenſetzung: exceptionis defensio. l. 56. D. de condict. indeb. (XII. 6.)

d) Gaj. IV. §. 116. „Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit, eum judicio condemnari; velut (si) stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est, te eo nomine condemnari, placet, per exceptionem doli mali te defendi debere . . . .“ pr. — §. 5. I. h. t., wo es, nach der mit Gaj. l. c. wörtlich übereinſtimmenden Angabe des Zweckes der Exceptionen, weiterhin ſo heißt: „Saepe enim accidit, ut, licet ipsa persecutio, qua actor experitur, *justa* sit, tamen *iniqua* sit adversus eum, cum quo agitur. Verbi gratia si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti, quod non debueras, palam est, jure civili te obligatum esse, et actio, qua intenditur, dare te oportere, efficax est; sed iniquum est, te condemnari, ideoque datur tibi exceptio,

metus causa, aut doli mali, aut in factum composita, ad impugnandam actionem. . . . .“

e) l. 3. §. 1. D. de pecun. constit. (XIII. 5.) „. . . . . quod *jure civili* debebat, *jure praetorio* non debebat, id est *per exceptionem*, ...“ Cic. de invent. II. 19. „. . . . *praetoriis exceptionibus* multae excluduntur actiones, ...“ S. jedoch Note g) u. §. 118. Note a). Vgl. übrigens Zimmern's Rechtsgesch. B. 3. §. 91.

f) Z. B. Gaj. IV. §. 124. — §. 11. I. h. t.

g) Z. B. Cinciae legis exceptio (oder exceptio Cinciae ſchlechthin), Vatic. Fr. §. 266. u. 310., exceptio Senatusconsulti Macedoniani, l. 19. D. de SC. Maced. (XIV. 6.) except. SC. Vellejani, l. 25. §. 1. D. ad SC. Vellej. (XVI. 1.)

h) Gaj. III. §. 168. Daher überhaupt der Gegenſatz von *ipso jure* und *per exceptionem*, z. B. l. 112. D. de regul. jur. (L. 17.)

i) l. 43. pr. D. eod. l. 1. C. de jur. et fact. ignor. (I. 18.) l. 1. pr. C. de rei vindic. (III. 32.) l. 4. C. ne uxor pro marit. (IV. 12.)

k) l. 156. §. 1. D. de regul. jur. „Cui damus actiones, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit.“ l. 1. §. 4. D. de superfic. (XLIII. 18.)

l) Ueber Beyſpiele dieſer Art ſ. §. 102. Note r). Vgl. auch Ulp. VI. §. 10. u. l. 51. D. de condict. indeb. (XII. 6.)

m) Z. B. l. 26. pr. u. §. 1. D. de condict. indeb. (XII. 6.) l. 18. u. l. 26. §. 1. C. de usur. (IV. 32.) — l. 16. §. 1. D. ad SC. Vellej. (XVI. 1.) l. 9. C. eod. (IV. 29.) — l. 3. C. de aleator. (III. 43.)

n) l. 10. D. h. t. l. 5. D. de dote praeleg. (XXXIII. 4.) l. 4. C. de commodato. (IV. 23.) l. 5. C. in quib. caus. pign. (VIII. 15.) — Gaj. IV. §. 124. §. 11. I. h. t.

o) l. 2. §. 2. D. h. t. „. . . . exceptio actorem excludit, . . .“ l. 22. pr. D. h. t. l. 17. D. de evict. (XXI. 2.) „. . . . intentione per exceptionem elisa, ...“ Vgl. auch Note b) u. d). — Wenn es nun gleichwohl in der l. 1. D. h. t. heißt: „Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam *reus in exceptione actor est*,“ ſo iſt dieß darauf zu beziehen, daß, ſo wie der Kläger den Grund ſeiner Klage, ſo auch der Beklagte ſeine Exceptionen beweiſen muß, l. 19. pr. D. de probat. (XXII. 3.); was aber auch von der Anführung ſolcher Thatſachen gilt, wodurch das Anfangs begründet geweſene Klagrecht ipso jure wieder aufgehoben iſt, z. B. der Zahlung. l. 12. D. eod. S. Note h).

p) l. 14. C. de sentent. (VII. 45.) Ueber dieſe Stelle vgl. Zimmern's Rechtsgeſch. B. 3. S. 312. u. 313.

q) l. 9. D. h. t. „Non utique existimatur confiteri de intentione adversarius, quocum agitur, quia exceptione utitur.“

r) l. 43. pr. D. de regul. jur. (L. 17.) „Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit.“

s) Gaj. IV. §. 119. „Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quia affirmat is, cum quo agitur. Nam si verbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit, quam non numeravit, sic exceptio concipitur: si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit, neque fiat. . . .“ Gewöhnlich wurde alſo in der Inſtructionsformel die Einrede in die Form einer negativen Bedingung oder einer Ausnahme (*si non*, *si nihil*, *nisi* oder *extra quam* u. dgl.) eingekleidet, Gaj. l. c. pr. u. §. 4. I. de replic. (IV. 14.) l. 14. u. l. 17. D. de Public. in rem act. (VI. 2.) l. 25. D. de act. emt. (XIX. 1.) l. 2. §. 1. l. 4. §. 8. 32. u. 33. D. de doli mali except. (XLIV 4.), — Cic. de invent. II. 20. l. 1. §. 16. D. de flumin. (XLIII. 12.), und daraus iſt wahrſcheinlich auch der Ausdruck *exceptio*, und die techniſche Bedeutung deſſelben zu erklären. Doch kommen zuweilen auch andere Einkleidungsformen der Exceptionen vor, z. B. mit *quod*, l. 7. §. 3. u. 4. D. quod vi aut clam (XLIII. 24.) l. 1. §. 6. D. ne quid in flum. publ. (XLIII. 13) Vgl. Zimmern i. a. W. §. 93.

t) l. 23. pr. D. h. t.

u) Gaj. IV. §. 108. in f.

v) Id. IV. §. 132. Vgl. §. 110. Note g).

x) Id. IV. §. 30.

y) Id. IV. §. 133. Ueber den wahrſcheinlichen Unterſchied zwiſchen dergleichen Präſcriptionen und den eigentlichen Exceptionen ſowohl in formeller als materieller Hinſicht ſ. Zimmern i. a. W. §. 96. u. 97.

z) Gaj. l. c. Vielleicht war dieß ſchon zu Cicero's Zeit der Fall. Cic. de invent. II. 20. Vgl. Hefftter Observ. liber ad Gaj. c. 23. p. 110. u. 111. und des Verfaſſers Bemerk. ꝛc. S. 269. Note 737).

aa) Gaj. IV. §. 133. „Sed his quidem temporibus . . . . omnes praescriptiones ab actore proficiscuntur. . . .“

bb) Z. B. fori praescriptio (a. u.), l. 7. pr. D. qui satisd. cog. (II. 8.) l. 13. C. h. t., doli mali praescriptio, l. 91. D. de solut. (XLVI. 3.) u. ſ. w. Auch das Zeitwort *praescribere* wird nicht ſelten für das Vorbringen einer Einrede gebraucht, z. B. l. 52. §. 3. D. de judic. (V. 1.) l. 34. §. 3. D. de legat. II. (XXXI.) l. 10. D. h. t. l. 8. pr. u. §. 1. D. de appellat. (XLIX. 1.)

cc) Z. B. exceptio transactionis factae und praescriptio factae transactionis, l. 3. §. 2. u. l. 9. pr. D. de transact. (II. 15.), exceptio rei judicatae und judicatae rei praescriptio, l. 28. u. 29. pr. D. de except. rei judic. (XLIV. 2.), exceptio longae possessionis und praescriptio longae possessionis (a. u.), l. 3. l. 5. §. 1. u. l. 12. D. de divers. temporal. praescript. (XLIV. 3.), temporalis exceptio und temporalis praescriptio, l. 4. C. de praescript. XXX. vel XL. ann. (VII. 39.) u. l. 1. pr. C. de annal. except. (VII. 40.) u. ſ. w. Es ſcheint alſo in der That im neuern Röm. Recht kein Unterſchied

mehr zwiſchen exceptio und praescriptio Statt zu finden, wie auch aus der Ueberſchrift des oben erwähnten Codextitels de except. *seu* praescript. hervorgeht. — Doch ſind Manche anderer Meinung, z. B. Hefftter a. a. O. p. 111 — 114. u. Zimmern i. a. W. §. 97. Namentlich glaubt der Letztere, daß Präſcriptionen nur ſolche Einwendungen wären, welche vor der Sache ſelbſt, oder vor dem Grunde der Klage in Erwägung gezogen werden müßten, und großentheils nicht eine zerſtörende, ſondern blos aufſchiebende, oder die Klage nur angebrachter Maaßen zurückweiſende Wirkung hätten, wie z. B. die fori praescriptio.

Zuſatz 1. Auf Seiten des Klägers bezeichnete *praescriptio* ehedem im Formularproceſſe eine an die Spitze der Klagformel geſtellte Bemerkung (Bevorwortung) deſſelben, welche hauptſächlich zum Zweck hatte, ihn gegen einen ſonſt aus der Klaganſtellung ihm erwachſenden Nachtheil zu ſichern, z. B. durch die Erklärung, daß er nicht Alles, ſondern nur das einklage, was jetzt ſchon fällig ſey. Eine ſolche Vorbemerkung des Klägers war nöthig, wenn die in Anſpruch genommenen Leiſtungen des Beklagten nur zum Theil ſchon jetzt fällig waren, zum Theil aber erſt ſpäterhin fällig wurden. Denn machte Jemand eine auf dergleichen Leiſtungen bezügliche Forderung ohne jene ausdrückliche Vorbemerkung klagbar, und zwar durch eine incerti actio, (von welcher Art allemal die Klage aus einer ſolchen Obligation iſt, welche mannigfaltige Anſprüche, oder auch nur terminweiſe Zahlung begründet, l. 16. §. 1. D. de verb. oblig. [XLV. 1.],) ſo konnte er doch nur die ſchon jetzt fälligen Leiſtungen des Beklagten zugeſprochen erhalten, und wegen der erſt ſpäter fällig werdenden nicht wieder mit Wirkſamkeit klagen, da ſie ſchon jetzt, obgleich vergeblich, mit eingeklagt waren. Gaj. IV. §. 130 — 137. u. Cic. de orat. I. 37. Daß indeſſen die praescriptiones von Seiten des Klägers auch noch andere Zwecke gehabt haben mögen, ergiebt ſich aus den nach ihnen benannten praescriptis verbis actiones, (§. 110.). Uebrigens fingen die praescriptiones, ſowohl die von Seiten des Klägers, als die ehemaligen von Seiten des Beklagten, gewöhnlich mit den Worten an: *Ea res agatur.* Gaj. l. c. Cic. de finib. II. c. 1. in f. Vgl. übrigens Keller Ueber Litis-Conteſtation, S. 510. fgg. u. Zimmern i. a. W. §. 55.

Zuſatz 2. Das in der Ueberſchrift des oben angeführten Digeſtentitels vorkommende Wort *praejudicium* iſt hier nicht in dem Sinne, wie §. 105. Note m) fgg., für praejudicialis actio zu nehmen, (obgleich dieſe Bedeutung der l. 12. D. h. t. zum Grunde zu liegen ſcheint,) ſondern vielmehr für die ſog. praejudicialis exceptio, die im Röm. Recht ſo ausgedrückt wird: „quod praejudicium rei (z. B. hereditati, oder praedio u. dgl.) non fiat," oder „si in ea re, qua de agitur, praejudicium (hereditati) non fiat." l. 13. 16. u. 18. D. h. t. l. 25. §. 17. D. de hered. petit. (V. 3.) l. 1. §. 1. D. famil. erciſc. (X. 2.) Dieſe hat nämlich den Sinn, daß eine untergeordnete Frage, die mit einer wichtigern und umfaſſendern Frage zuſammenhängt, nicht

vor der Hauptfrage erörtert und entſchieden werden dürfe, und findet alſo überhaupt Statt, ſo oft eine geringere oder minder wichtige Sache eher, als die wichtigere oder umfaſſendere, durch deren Entſcheidung jene bedingt iſt, vor Gericht zur Sprache gebracht wird, l. 54. D. de judic. (V. 1.) l. 21. D. h. t., z. B. wenn der Kläger die Früchte einer Sache fordert, während doch das Eigenthum an derſelben Sache noch ſtreitig iſt. l. 18. D. h. t. Ehedem wurden dergleichen Präjudicien wie praescriptiones zum Schutz des Beklagten, ſpäterhin aber als eigentliche exceptiones abgefaßt, Gaj. IV. §. 133.; daher ſie denn auch nicht blos bey den Digeſtenſchriftſtellern, z. B. l. 13. 16. u. 18. D. h. t., ſondern ſchon bey Cic. de invent. II. 20. unter dem Namen *exceptio* vorkommen. Dennoch will ſie Zimmern i. a. W. §. 96. u. 97. auch für das neuere Röm. Recht nicht als eigentliche Exceptionen anerkennen, ſondern vielmehr noch für Präſcriptionen gehalten wiſſen, nach dem von ihm zwiſchen beyden Begriffen angenommenen Unterſchied. S. Note cc). Vgl. jedoch Mühlenbruch's Lehrb. der Pand. §. 141. Note 3).

Zuſatz 3. Was die doli oder doli mali exceptio (a. u.) anlangt, ſo hat ſie außer der engern Bedeutung, in der ſie einen eigentlichen dolus auf Seiten des Klägers vorausſetzt, l. 1. §. 1. l. 2. pr. u. §. 1. D. de doli mali except. (XLIV. 4.), auch noch eine allgemeine Bedeutung und Anwendbarkeit, und wird daher auch in der l. 4. §. 33. D. eod. als eine *generalis* exceptio bezeichnet. Dieſe generelle doli exceptio kann nämlich regelmäßig in jedem Fall gebraucht werden, wo der Wirkſamkeit des Klagrechts irgend eine exceptio entgegenſteht. l. 12. D. eod. Denn wenn auch der Kläger vom Anfange des Rechtsverhältniſſes herein keinen dolus begangen hat, ſo verfährt er doch jetzt bey Anſtellung der Klage in ſo fern dolose, als er wiſſentlich Etwas fordert, das ihm kraft irgend einer Exception verweigert werden kann. l. 2. §. 5. D. eod. „ . . . . dolo facit, quicunque id, quod qua-qua exceptione elidi potest, petit; nam etsi inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, ... “ l. 2. §. 3. u. l. 4. §. 15. D. eod. Daher tritt dieſe exceptio nicht blos zur Aushülfe ein, wo eine andere unſtatthaft, oder minder wirkſam ſeyn würde, l. 10. §. 2. l. 21. §. 2. in f. l. 25. §. 2. D. de pact. (II. 14.) l. 4. §. 8. D. de doli mali except., ſondern auch in Fällen, wo eine andere Exception eben ſo gut Platz ergreifen könnte. l. 2. §. 4. D. eod. Nur da iſt ſie unanwendbar, wo entweder die Unkunde des Klägers jeden Verdacht eines dolus ausſchließt, l. 2. §. 5. in f. D. eod., oder wo die Rückſicht auf Ehrerbietung (z. B. gegen Eltern oder Patrone,) den Vorwurf eines dolus nicht geſtattet, l. 4. §. 16. D. eod. Vgl. übrigens Fr. Hänel im Archiv f. d. Civil. Prax. B. 12. S. 419 — 429.

§. 118.

B) Verschiedenheiten der Exceptionen.

1) Rücksichtlich des Ursprungs sind die Einreden entweder solche, welche aus dem prätorischen Rechte, oder solche, welche aus dem Civilrechte abstammen [a]). Zu den Erstern gehören bey Weitem die meisten [b]). Aber auch eine civilrechtliche Exception bedurfte, wenigstens im ältern Röm. Rechte, der Vermittelung des Prätor, indem dieser sie entweder in sein Edict speciell aufgenommen hatte, oder nach vorgängiger causae cognitio ertheilte [c]). — 2) In Hinsicht der Wirkungen sind die exceptiones (oder praescriptiones) entweder peremtoriae (auch perpetuae, oder vollständiger: perpetuae et peremtoriae genannt,) oder dilatoriae (auch temporales et dilatoriae) [d]). *Peremtoriae* exc. oder praesc. (b. a. u., zerstörliche Einreden,) heißen nämlich solche, welche für immer das Klagrecht ganz oder theilweise unwirksam machen, und also dem Beklagten eine fortwährende Befreyung verschaffen [e]); und von dieser Art sind die meisten Exceptionen [f]). *Dilatoriae* exc. oder praesc. (b. a. u., verzögerliche Einreden) aber heißen solche, welche nur auf eine Zeit lang und unter den vorliegenden Umständen die Wirksamkeit der Klage ausschließen, und also dem Beklagten nur einen temporären Schutz gewähren [g]). Ihren Grund haben sie entweder in der Rücksicht auf die Zeit, wenn nämlich zu früh geklagt wird [h]), oder in der Art der Klaganstellung, und in Mängeln hinsichtlich der Person dessen, der klagend aufgetreten ist [i]). Den dilatorischen Einreden kann der Kläger dadurch ausweichen, daß er später, oder auf andere Weise klagt [k]). Beharrt er aber, ungeachtet der ihm entgegengesetzten Einrede, dennoch auf der angestellten Klage, so verliert er, (vorausgesetzt, daß die Einrede begründet ist,) nicht nur diesen Proceß, sondern konnte nach dem ältern Recht die Klage auch späterhin nicht wieder erneuern, weil sein dießfallsiges Recht durch die Fortstellung jenes Processes aufgehoben war [l]); was jedoch im neuern Recht gemildert ist, indem den Kläger in einem solchen Falle, statt des gänzlichen Verlustes des Klagrechts, andere Nachtheile treffen [m]). Damit nun aber der Kläger diesen Nachtheilen entgehen könne, müssen die dila-

torischen Exceptionen im neuern Rechte eben sowohl, als nach dem ältern, sogleich beym Anfange des Processes vorgebracht werden [n]). Peremtorische Exceptionen dagegen konnten schon im ältern Rechte, wenigstens bey den bonae fidei actiones, auch nach der litis contestatio, also noch vor dem judex angeführt werden (§. 109.), und im neuern Rechte (wo zwischen dem Verfahren vor dem magistratus und vor dem judex nicht mehr unterschieden wird, vgl. §. 111.) gilt von diesen Exceptionen überhaupt die Regel, daß sie bis zum Endurtheil zulässig sind [o]); ja manche können Ausnahmsweise auch noch späterhin beym Executionsverfahren geltend gemacht werden (sog. privilegirte Exceptionen) [p]). — 3) In Ansehung der Subjecte, auf welche sich die exceptiones beziehen, sind sie entweder solche, *quae personae cohaerent*, d. h. welche nur einem bestimmten Individuum zukommen, und also nicht auf Andere, die bey demselben Rechtsverhältnisse interessirt sind, übergehen [q]), oder *rei cohaerentes*, d. h. solche, welche auch auf die Erben und Bürgen des ursprünglich Verpflichteten übergehen [r]); und diese machen die Regel aus [s]). Findet eine Exception im Bezug auf eine Sache Statt, z. B. wegen der auf selbige verwandten Kosten, so geht sie mit der Sache selbst auf jeden nachfolgenden Erwerber derselben über [t]); und vielleicht bezieht sich auf eine solche Exception, welche von jedem Interessenten gebraucht werden kann, die nur einmal in unsern Quellen vorkommende, und erst neuerlich bekannt gewordene Benennung: *popularis exceptio* [u]). Uebrigens wird der Ausdruck *exceptio in rem* oder *in rem scripta* auch in der passiven Beziehung gebraucht für eine solche Einrede, welche jedem Kläger ohne Unterschied entgegengesetzt werden kann [v]), im Gegensatz einer solchen, welche nur gegen einen bestimmten Kläger zulässig ist [x]) — Außerdem kommen auch utiles und in factum exceptiones) vor. *Utilis exceptio* ist in dem nämlichen Sinne, wie utilis actio (§. 103.), zu nehmen [y]). *In factum exceptiones* (a. u., auch exc. in factum comparatae oder datae oder compositae,) heißen zwar im Allgemeinen die prätorischen Einreden überhaupt [z]), (insofern nämlich *factum* ein unter dem Schutz des prätorischen Rechts stehendes Verhältniß, im Gegensatz eines civilrechtlichen (jus), bezeichnet [aa]), vorzugsweise aber diejenigen, deren Fassung lediglich

auf die factischen Momente des concreten Falles gerichtet war, im Gegensatz solcher, welche entweder auf ein ausdrückliches Gesetz verweisen[bb]), oder doch wenigstens einen bestimmten technischen Ausdruck enthalten[cc]); und dergleichen in factum exceptiones treten in solchen Fällen ein, für welche es entweder keine mit einem speciellen Namen versehene Einrede giebt[dd]), oder wo die gewöhnliche Exception aus einem besondern Grunde nicht Statt findet[ee]).

a) Gaj. IV. §. 118. u. §. 7. I. h. t.

b) Vgl. §. 117. Note e). Beyspiele civilrechtlicher Exceptionen s. in der Note g) zu §. 117. Andere Beyspiele kommen vor im §. 4. I. de replic. (IV. 14.) vergl. mit l. 4. C. qui bon. ced. poss. (VII. 71.) — §. 4. I. de fidejuss. (III. 20. od. 21.) vergl. mit l. 51. §. 1. D. eod. (XLVI. 1.) — l. 1. §. 8. D. quando de pecul. act. (XV. 2.)

c) Gaj. IV. §. 118.

d) Id. IV. §. 120. §. 8. I. h. t. l. 2. §. 4. u. l. 3. D. h. t. — l. 26. §. 3. u. l. 40. pr. D. de condict. indeb. (XII. 6.) — l. 8. u. 12. C. h. t.

e) Gaj. IV. §. 121. „*Peremtoriae* sunt, quae perpetuo valent, nec evitari possunt; . . . .“ l. 3. D. h. t. „*Perpetuae* atque *peremtoriae* sunt, quae semper locum habent, nec evitari possunt, ...“ §. 9. I. h. t. „*Perpetuae* et *peremtoriae* sunt, quae semper agentibus obstant, et semper rem, de qua agitur, perimunt; . . . .“ — Bisweilen aber wird der Ausdruck exceptio *perpetua* auch auf die Dauer einer Exception bezogen, und bezeichnet also eine solche, welche durch keine Verjährung erlischt, z. B. l. 5. C. h. t.

f) Z. B. die exceptio doli mali, metus causa, rei judicatae, pacti conventi perpetui, SC. Macedoniani, Vellejani, u. s. w. Vgl. die in der vorigen Note citirten Stellen.

g) Gaj. IV. §. 122. „*Dilatoriae* sunt exceptiones, quae ad tempus nocent.“ §. 10. I. h. t. „*Temporales* atque *dilatoriae* sunt, quae ad tempus nocent, et temporis dilationem tribuunt; . . . .“ l. 2. §. 4. D. h. t. „. . . . *dilatoria* est exceptio, quae differt actionem, ...“ l. 3. D. h. t. „. . . . *Temporales* atque *dilatoriae* sunt, quae non semper locum habent, sed evitari possunt, ...“ — In einer andern, hierher nicht gehörigen Bedeutung, heißt *temporalis exceptio* oder *praescriptio* die Einrede, daß eine Klage bereits verjährt sey, z. B. in der l. 4. C. de praescript. XXX. vel XL. ann. (VII. 39.) Diese ist nicht eine temporalis exceptio in dem hierher gehörigen Sinne, d. h. eine dilatoria, sondern vielmehr eine perpetua et peremtoria. — Ebenfalls in einer ganz andern Bedeutung wird in d. l. 32. D. de usufr. (VII. 1.) der Ausdruck: exceptio tempo-

ralis, gebraucht, nämlich für den Vorbehalt eines Rechts auf eine gewisse Zeit.

b) Dahin gehört z. B. die exceptio pacti conventi temporalis, (id est, ne forte intra quinquennium ageretur.) l. 3. D. h. t. Gaj. IV. §. 122. u. §. 10. I. h. t. Zwey andere, in diesem Zusammenhange von Gaj. l. c. angeführte Beyspiele dilatorischer Exceptionen gehören blos dem ältern Rechte an, nämlich die exceptio *litis dividuae* und die exc. *rei residuae*, von denen die Erstere Statt fand, wenn Jemand einen Theil der Sache gefordert hatte, und dann noch während der Amtsführung desselben Prätor den übrigen Theil nachforderte; die Letztere aber dann, wenn Jemand von mehrern Klagen gegen die nämliche Person nur die eine oder andere angestellt, die übrigen aber verschoben hatte, um sie an andere Richter gelangen zu lassen, und nun noch während der Amtsführung desselben Prätor die aufgeschobenen Klagen geltend machen wollte. — Uebrigens sind auch die Präjudicien in dem im Zus. 2. zum §. 117. angegebenen Sinne, ihrem Wesen nach, für dilatorische Einreden zu achten.

i) Von dieser Art ist z. B. die procuratoria exceptio, §. 11. I. h. t. l. 2. §. 4. u. l. 3. in f. D. h. t., und im ältern Recht die exceptio cognitoria. Gaj. IV. §. 124. Aber auch die fori praescriptio ist, da im neuern Recht wohl kein Unterschied mehr zwischen Präscriptionen und Exceptionen Statt findet, (vgl. 117. Note cc),) den dilatorischen Exceptionen beyzuzählen, wohin sie auch Cujac. Observ. XVIII. 34. rechnet. Anderer Meinung ist Zimmern in d. Rechtsgesch. B. 3. §. 95. z. E. u. §. 97. — S. dagegen die Bemerkung von Schrader in seiner Institut. Ausg. p. 713. u. 714.

k) Darauf bezieht sich der in der l. 3. D. h. t. von den dilatorischen Einreden gebrauchte Ausdruck: *evitari possunt*, (s. Note g)). Auch stehen mit diesem Zweck und dieser Wirkung der dilatorischen Einreden die bey den Rhetoren, z. B. bey Cic. de invent. I. c. 8. u. II. c. 19. u. 20., ad Herenn. I. c. 12. u. II. c. 12., bey Quintil. Inst. orat. III. 6. §. 69. sqq. dafür gebrauchten Ausdrücke: *translatio* und *translativa constitutio* in Verbindung.

l) Gaj. IV. §. 123. u. 124. in f. — Theophil. IV. 13. §. 10. u. 11. drückt die hierauf bezügliche Regel des ältern Rechts so aus: „*διλατόρια παραγραφὴ, ἀντιτεθεῖσα καὶ ἰσχύσασα, περεμπτόριαν τίκτει* (oder *ποιεῖ*) *παραγραφήν.*“ (dilatoria exceptio, opposita et probata, peremtoriam parit [oder facit] exceptionem.)

m) §. 10. I. h. t. Das Nähere hierüber ist bey den mit dem plus petere verbundenen Nachtheilen zu bemerken.

n) l. 13. C. de procurator. (II. 13.) l. 19. C. de probat. (IV. 19.) l. 12. C. h. t. Dieß ist auch von der praescriptio fori speciell bestimmt in der l. 13. C. h. t.

o) l. 2. C. sentent. resc. non poss. (VII. 50.) l. 8. C. h. t.

p) l. 11. D. de SC. Maced. (XIV. 6.) — l. 16. §. 1. D. de compens. (XVI. 2.) l. 2. C. eod. (IV. 31.) — l. 17. §. 2. D. solut. matrim.

(XXIV. 3.) l. 33. pr. in f. D. de donat. (XXXIX. 5.) l. 41. §. 2. D. de re judic. (XLII. 1.) — l. 41. §. 1. D. de fidejussor. (XLVI. 1.)

q) l. 7. pr. D. h. t. „Exceptiones, quae personae cujusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti ea, quam socius habet exceptionem, quod facere possit, vel parens patronusve, non competit fidejussori, sic mariti fidejussor post solutum matrimonium datus in solidum dotis nomine condemnatur.“ l. 24. u. 25. D. de re judic. (XLII. 1.) — §. 4. I. de replicat. (IV. 14.)

r) l. 7. §. 1. D. h. t. „Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt, ut rei judicatae, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fidejussori. . . .“ Uebrigens wird eine rei cohaerens exceptio auch durch folgende Redensart bezeichnet: ex persona ejus, qui exceptionem objicit, *in rem* opponitur exceptio. l. 2. §. 2. D. de doli mal. except. (XLIV. 4.) Ueber den Ausdruck *in rem* vgl. Zusatz zum §. 50.

s) §. 4. I. de replicat. (IV. 14.) l. 11. C. h. t.

t) l. 14. §. 1. D. comm. divid. (X. 3.) l. 3. pr. D. de except. rei vend. et trad. (XXI. 3.) l. 28. C. de evict. (VIII. 45.)

u) Vatic. Fr. §. 266. „. . . . semper exceptione Cinciae uti potuit non solum ipse, verum . . . . *etiam quivis, quasi popularis sit haec* exceptio, ...“ Vgl. von Schröter Observ. jur. civ. p. 97. sqq.

v) l. 2. §. 1. u. l. 4. §. 33. D. de doli mal. except. (XLIV. 4.) Dieß ist der Fall z. B. bey der metus causa exceptio, l. 4. §. 33. D. cit. ingleichen bey der exceptio rei judicatae, wenn eine Popularklage wegen des nämlichen Vorfalls mehrmals angestellt wird. l. 3. pr. D. de popular. act. (XLVII. 23.) In dieser Stelle wird die Einrede, welche der erneuerten Popularklage entgegengesetzt werden kann, exceptio *vulgaris* rei judicatae genannt. Ob indessen das Prädicat *vulgaris* ein technischer Ausdruck sey für eine gegen jeden Kläger zulässige Exception, (wie von Schröter a. a. O. annimmt, der sogar die beyden Ausdrücke: popularis und vulgaris exceptio, für identisch hält zur Bezeichnung einer solchen Exception, welche entweder gegen jeden Kläger, oder von jedem Beklagten gebraucht werden könne,) oder ob nicht vielmehr durch jenes Beywort nur die gewöhnliche exceptio rei judicatae (d. h. welche im angegebenen Falle eben so gut, wie in jedem andern, wo aus demselben Grunde wiederholt geklagt wird, Statt finde,) bezeichnet werden soll, steht dahin.

x) Von dieser Art ist z. B. die exceptio doli (im engern Sinn, vgl. Zusatz 3. zu §. 117. z. A.), l. 4. §. 33. D. de doli mal. except. (XLIV. 4.), obgleich auch diese unter gewissen Voraussetzungen selbst gegen einen Singularsuccessor gebraucht werden kann. l. 4. §. 27. sqq. D. cod. — Vgl. übrigens Mühlenbruch's Lehre von der Cession, S. 585. fgg.

y) l. 21. D. de praescript. verb. (XIX. 5.) „Quoties deficit actio vel exceptio, *utilis* actio vel *exceptio* est.“ In der l. 41. D. de minor. (IV. 4.) ſcheint der Ausdruck *exceptio utilis* in der vulgären Bedeutung für eine wirkſame Einrede genommen zu ſeyn.

z) Dieſe allgemeine Bedeutung ergiebt ſich insbeſondere aus der l. 2. §. 5. D. de doli mal. except. (XLIV. 4.) „Et generaliter sciendum est, *ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem*, ...“ Vgl. auch l. 4. §. 32. D. eod. l. 1. §. 4. D. de except. rei vend. (XXI. 3.) l. 9. C. de non numer. pec. (IV. 30.)

aa) Vgl. §. 6. Note f).

bb) So werden z. B. im §. 310. der Vatic. Fr. die Cinciae legis exceptio und die, ebenfalls in Folge einer ungültigen Schenkung eintretende, in factum exceptio unterſchieden. Vgl. hierüber Zimmern i. a. W. S. 292. Note 4.)

cc) In dieſer Hinſicht wird z. B. in der l. 4. §. 16. D. de doli mal. except. (XLIV. 4.) die doli exceptio (als welche auf die Bestimmungen des prätoriſchen Edicts über den dolus hinweiſet, l. 1. §. 1. l. 4. §. 33. D. eod. l. 1. §. 1. D. de dolo mal. [IV. 3.],) von der ebenfalls durch ein unredliches Benehmen veranlaßten in factum exceptio unterſchieden.

dd) Z. B. §. 1. in f. I. h. t. l. 20. D. de SC. Maced. (XIV. 6.) l. 1. §. 4. D. de superfic. (XLIII. 18.) l. 23. D. h. t. (wo der Ausdruck: *praescriptio in factum data* vorkommt).

ee) Z. B. l. 4. §. 16. D. de doli mal. except. Vgl. Zuſatz 3. zum §. 117. z. E.

Erinnerung. Die von manchen Neuern angenommene Eintheilung der Exceptionen in exc. *facti*, und exc. *juris*, von denen die Erſtern in der Anführung neuer Thatumſtände, wodurch der factiſche Grund der Klage zerſtört werde, die Letztern aber in der Berufung auf einen Rechtsgrund wodurch das der Klage zum Grunde liegende ſtrenge Recht gemildert oder entkräftet werde, beſtehen ſollen, iſt unnütz. Denn in jeder exceptio müſſen gewiſſe Thatſachen, affirmative oder negative, welche der Wirkſamkeit der Klage entgegenſtehen, angeführt werden; und ſonach wäre jede Einrede eine ſog. exceptio facti. l. 20. D. h. t. „Exceptiones opponuntur, aut quia factum sit, quod fieri oportet, aut quia factum sit, quod fieri non oportuit, aut quia factum non sit, quod fieri debuerat. . . .“

§. 119.

C) Dauer und Verluſt der Exceptionen.

Die Exceptionen ſind, ſo lange das ihnen zum Grunde liegende Recht dauert, zwar in der Regel unverjährbar, weil nämlich die Zeit ihrer Geltendmachung nicht von der Willkühr

deſſen, dem ſie zuſtehen, abhängt, ſondern durch die Anſtellung einer Klage bedingt iſt [a]). Doch erlöſchen freylich die dilatoriſchen Einreden, ſobald die Zeit, auf welche ſie ihrem Grunde nach beſchränkt waren, abgelaufen, oder ſonſt das Hinderniß, das Anfangs der Wirkſamkeit der Klage nach der Art ihrer Anſtellung entgegenſtand, beſeitiget iſt [b]). Aber auch unter den peremtoriſchen Einreden giebt es einige, welche Ausnahmsweiſe nach dem Ablauf einer gewiſſen Zeit erlöſchen, wenn auch binnen derſelben die Klage, der ſie hätten entgegengeſetzt werden können, nicht angeſtellt worden iſt [c]). Außerdem gehen auch Einreden verloren theils durch Erlöſchung des Rechtes ſelbſt, worauf ſie gegründet ſind, oder durch den Wegfall einer nothwendigen Vorausſetzung derſelben [d]), theils durch den Tod des Subjects, auf welches ihr Gebrauch beſchränkt war [e]), theils durch Verſäumung ihrer Geltendmachung im Proceſſe [f]), theils durch Aberkennung derſelben in einem rechtskräftigen Urtheile [g]), theils auch bisweilen zur Strafe [h]). Dagegen wird bey der Concurrenz mehrerer Einreden keineswegs die eine durch die andere aufgehoben; vielmehr kann der Beklagte ſich mehrerer Einreden zu gleicher Zeit bedienen, wenn ſie auch ganz verſchiedenen Inhalts ſind [i]).

a) l. 5. §. 6. D. de doli mal. except. (XLIV. 4.) „. . . . haec (exceptio) perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur.“ l. 5. C. h. t.

b) Vgl. §. 118. Note g — k).

c) Z. B. die exceptio non numeratae pecuniae, l. 14. pr. C. de non numer. pec. (IV. 30.), ingleichen die exceptio non numeratae dotis. Nov. 100. c. 1, u. 2. — Ob zu den verjährbaren Einreden im Vorjuſtinianiſchen Rechte auch die *annalis exceptio Italici contractus* gehört habe, läßt ſich nicht mit Gewißheit beſtimmen, da uns alle näheren Nachrichten hierüber fehlen. Nur ſo viel erfahren wir über ſie aus der l. 1. pr. C. de annal. except. Ital. contr. toll. (VII. 40.), daß die Zeitberechnung bey ihr ſehr verwickelt und beſtritten war, und daß eben deßhalb Juſtinian dieſe Exception ſelbſt aufhob. Wahrſcheinlich bezog ſie ſich, wie aus der l. un. C. de usucap. transform. (VII. 31.) abzunehmen iſt, auf Contracte über Italiſche Grundſtücke oder ſolche Provincialgrundſtücke, denen das jus Italicum ertheilt war. Vgl. von Savigny in der Zeitſch. für geſch. Rechtsw. B. 5. S. 261. u. 262. Weniger wahrſcheinlich iſt jedoch die Deutung ihres Namens, als ob ſie ſelbſt

auf einen einjährigen Gebrauch beſchränkt geweſen wäre, als die: daß das Klagrecht aus einem Italiſchen Contract durch einjährige Verjährung erloſchen ſey. Denn auch der in manchen Digeſtenſtellen, z. B. l. 30. §. 5. de pecul. (XV. 1.) l. 1. §. 10. quando de pecul. act. (XV. 2.), vorkommende Ausdruck: *annua exceptio*, bezeichnet die Einrede der Verjährung gegen eine annalis actio.

d) So geht z. B. mit dem Verluſte des Beſitzes einer Sache die auf Geltendmachung des Retentionsrechts an derſelben abzweckende doli exceptio verloren. Vgl. §. 95. Note i).

e) Dieß gilt jedoch nur von den perſönlichen Einreden in activer oder paſſiver Hinſicht. Vgl. §. 118. Note q) u. x).

f) Vgl. §. 118. Note n — p).

g) l. 8. §. 2. D. de negot. gest. (III. 5.)

h) Z. B. l. 10. §. 1. D. de fidejuss. (XLVI. 1.) l. 1. C. ad SC. Maced. (IV. 28.)

i) l. 5. u. l. 8. D. h. t. „Nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti, quamvis diversae sint.“

§. 120.

III) Replicatio, duplicatio, triplicatio.

Tit. I. de replicationibus. (IV. 14.)

Die zum §. 117. angeführten Titel der Digeſten und des Codex.

Replicatio heißt das Vorbringen des Klägers gegen die Einrede des Beklagten, um dieſe zu beſtreiten und zu entkräften [a]). Sie iſt alſo eine gegentheilige Exception („contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio,“) [b]), und hat ihren Namen daher, „quia per eam replicatur atque resolvitur jus (oder vis) exceptionis [c]). Eben ſo, wie die exceptio, pflegte auch die replicatio in der Inſtructionsformel für den Richter in die Form einer Bedingung eingekleidet zu werden [d]), und für einzelne Replicationen kommen, nach Maaßgabe ihres Inhalts oder ihrer Faſſung, ähnliche Namen, wie bey den Exceptionen vor [e]). Die Vertheidigung des Beklagten gegen die Replic des Klägers heißt *duplicatio* [f]), und die Erwiderung des Klägers auf die Duplic des Beklagten: *triplicatio* [g]). Für die fernerweiten Anführungen oder gegenſeitigen Einwendungen der Partheyen vor Gericht kommen die allgemeinen Be-

zeichnungen: *adjectiones* oder *exceptiones* vor [h]); ſpecielle Namen derſelben ſcheinen bey den Römern nicht gebräuchlich geweſen zu ſeyn [i]). Alle dergleichen Erwiderungen der Partheyen vor Gericht ſind im Allgemeinen nach der Natur der Exceptionen zu beurtheilen [k]), und daher eben ſo, wie dieſe, in der Regel unverjährbar [l]). Doch dürfen ſie nicht dazu benutzt werden, ein ſchon erloſchenes Klagrecht geltend zu machen [m]).

a) Gaj. IV. §. 126. pr. I. h. t. „Interdum evenit, ut exceptio, quae prima facie justa videatur, inique noceat (actori, welches Wort zwar in dieſer Inſtitutionenſtelle fehlt, aber bey Gaj. l. c. vorkommt). Quod cum accidit, alia allegatione (bey Gaj. l. c. adjectione) opus est adjuvandi actoris gratia, quae *replicatio* vocatur, ...“ l. 2. §. 1. D. h. t. „*Replicationes* nihil aliud sunt, quam exceptiones, et a parte actoris veniunt, quae quidem ideo necessariae sunt, ut exceptiones excludant; semper enim replicatio idcirco objicitur, ut exceptionem oppugnet.“

b) l. 22. §. 1. D. h. t.

c) Gaj. IV. §. 126. u. pr. I. h. t. — l. 2. §. 2. D. h. t. „Illud tenendum est, omnem exceptionem vel *replicationem exclusoriam* esse: exceptio actorem excludit, replicatio reum.“ l. 27. §. 2. D. de pact. (II. 14.) „. . . . et ideo replicatione exceptio elidetur. . . .“

d) Die bey Gaj. IV. §. 126. und bey Theophil. IV. 14. pr. in f. angeführten Beyſpiele der Replicationen haben ganz ſo, wie die Exceptionen (vgl. §. 118. Note s)), die Form einer negativen Bedingung (*si non* oder *nisi*), während dagegen die in den Digeſten angeführten Replicationsformeln zwar auch bedingungsweiſe, aber affirmativ (*aut si*), ausgedrückt ſind. l. 48. D. de procurat. (III. 3.) l. 32. §. 2. D. ad SC. Vellej. (XVI. 1.) l. 7. §. 1. u. 2. D. de curat. furios. dand. (XXVII. 10.) l. 154. D. de regul. jur. (L. 17.)

e) Z. B. *replicatio doli mali* (a. u.), oder *doli replicatio* (a. u.), l. 15. D. h. t. l. 28. D. de noxal. act. (IX. 4.) l. 21. §. 1. D. de pignor. (XX. 1.) l. 46. §. 5. in f. D. de administ. tut. (XXVI. 7.) l. 7. §. 6. D. pro emt. (XLI. 4.) l. 3. C. h. t. l. 2. C. de judic. (III. 1.) l. 19. C. de transact. (II. 4.), desgleichen *in factum replicatio*, l. 28. C. eod. l. 14. D. de fidejuss. (XLVI. 1.)

f) Gaj. IV. §. 127. §. 1. I. h. t. u. Theophil. dazu. Bemerkenswerth iſt, daß, was in dieſen Stellen duplicatio heißt, in einigen Digeſtenſtellen *triplicatio* genannt wird, (welche Bedeutung dieſes Worts vorausſetzt, daß die exceptio, als die erſte Einwendung vor Gericht, mit gezählt iſt.) l. 2. §. 3. D. h. t. „Sed et contra *replicationem* solet dari *triplicatio*. . . . .“ l. 7. §. 1. u. 2. D. de curat. furios.

(XXVII. 10.), wo die triplicatio doli (a. u.) als die nächste Erwiderung auf die replicatio vorkommt.

g) Gaj. IV. §. 128. §. 2. I. h. t. u. Theophil. dazu. Ueber eine andere Bedeutung dieſes Worts ſ. die vorige Note.

h) Gaj. IV. §. 129. u. §. 3. I. h. t. „Quarum omnium exceptionum (bey Gaj. l. c. adjectionum) usum interdum ulterius, quam diximus, varietas negotiorum introducit (bey Gaj. introduxit); . . . .“ Der Ausdruck adjectiones bey Gaj. bezieht ſich auf die durch die gegenſeitigen Einwendungen der Partheyen veranlaßten Zuſätze in der Inſtructionsformel. Da aber dieſe zu Juſtinian's Zeit nicht mehr vorkam, ſo wurde in ſeinen Inſtitutionen jener Ausdruck mit *exceptiones*, oder auch mit *allegatio*, — wie im pr. — §. 2. I. h. t., vertauſcht.

i) Zwar heißt es in der l. 2. §. 3. D. h. t. in Bezug auf die noch über die triplicatio hinaus gehenden Einwendungen der Partheyen: „. . . . et *deinceps multiplicantur nomina*, dum aut reus aut actor objicit;“ doch finden ſich für ſelbige in unſern Quellen keine ſpeciellen Namen weiter, außer daß bey Theophil. IV. 14. §. 3. noch καδρουπλικατιών (quadruplicatio) vorkommt.

k) l. 2. §. 1 — 3. u. l. 22. §. 1. D. h. t.

l) l. 6. C. h. t.

m) arg. l. 9. §. 4. D. de jurejur. (XII. 2.) Vgl. §. 116. Note n — p).

§. 121.

Litis contestatio und Urtheil[a]).

Tit. C. de litis contestatione. (III. 9.)

D. de re judicata et de effectu sentent. (XLII. 1.), de exceptione rei judicatae. (XLIV. 2.)

C. de sentent. et interlocut. (VII. 45.), de re judicata. (VII. 52.)

Unter den proceſſualiſchen Handlungen von materieller Wichtigkeit ſind hervorzuheben: die litis contestatio, die Beweisführung (§. 86 — 88.), und die Entſcheidung des Rechtsſtreites. — Der Ausdruck *litis contestatio* iſt dadurch entſtanden, daß im älteſten Röm. Proceſſe, wenn das Verfahren vor dem magistratus beendigt war, und nun die Sache zur weitern Unterſuchung und Entſcheidung an einen judex kommen ſollte (ordinato judicio), beyde Partheyen über die bisherige Verhandlung feyerlich Zeugen aufriefen (contestari)[b]), welche nämlich über das, was ſie jetzt geſehen und gehört hätten, künftig vor dem judex Zeugniß ablegen ſollten. Sonach bezeichnet alſo *litis con-*

testatio in der ursprünglichen Bedeutung den Schlußact des Verfahrens vor der Obrigkeit, welcher in feyerlicher Zeugenaufrufung bestand [c]). Doch wurde dieser Ausdruck, auch nachdem jene Sitte der Zeugenaufrufung abgekommen war, beybehalten zur Bezeichnung der Schlußhandlung in dem Verfahren vor dem magistratus, und scheint dann in einer abgeleiteten und weitern Bedeutung auf das ganze Verfahren vor demselben, wodurch die lis oder das judicium eingeleitet und vorbereitet wurde, bezogen worden zu seyn [d]). Im neuern Röm. Recht nun, wo der Unterschied zwischen dem Verfahren vor dem magistratus und vor dem judex nicht mehr vorkommt, bedeutet *litis contestatio* (bisweilen auch contestatio schlechthin;) den formellen Anfangspunct des eigentlichen Processes, oder den ersten Act der gerichtlichen Verhandlung, welcher in dem mündlichen Vortrage der im Libell angekündigten Klage von Seiten des Klägers, und in dem darauf erfolgten Widerspruch von Seiten des Beklagten besteht [e]). Durch diese Handlung wird nun die Rechtshängigkeit der Sache bewirkt (res oder actio oder lis in judicium deducitur oder perducitur) [f]), und unter den Partheyen eine gegenseitige Obligation begründet [g]), welche darauf geht, sich diesem Proceß für seine Dauer und seinen Ausgang zu unterwerfen [h]). Im ältern Rechte wurde bey einer in einem legitimum judicium und mit einer in jus concepta formula angestellten in personam actio das bisherige Forderungsrecht (obligatio principalis) durch die litis contestatio geradezu aufgehoben, und durch die aus derselben entspringende neue obligatio ersetzt [i]). Nun wird zwar auch im Justinianischen Rechte noch hin und wieder der mit der litis contestatio oder dem judicium acceptum verbundenen novatio gedacht [k]); doch kann dieß nur auf persönliche Klagen bezogen [l]), und wohl auch nur annäherungs- oder vergleichungsweise verstanden werden [m]), da es im neuern Röm. Recht legitima judicia im ursprünglichen Sinne nicht mehr giebt. (§. 111.) Jedenfalls aber sind im neuern Röm. Rechte noch eben sowohl, als im ältern, an die litis contestatio manche wichtige Folgen geknüpft, z. B. daß bey solchen Klagen, welche an und für sich nicht auf und gegen die Erben übergehen, der active und passive Uebergang derselben durch die litis contestatio begründet (§. 114. Note o)), ingleichen durch selbige die Ver-

jährung einer jedweden Klage unterbrochen wird, welches Letztere jedoch im neuern Röm. Recht, wenigstens bey den der 30- oder 40jährigen Verjährung unterworfenen Klagen, auch schon durch eine frühere Handlung bewirkt werden kann (§. 116. Note i) u. l)); ferner, daß nach der litis contestatio dem Kläger omnis causa (§. 64.) zu präſtiren iſt [n]), ſodann daß der Bevollmächtigte einer Parthey, wenn er bey der litis contestatio handelnd aufgetreten iſt, nunmehr gewiſſermaaßen als der Herr des Proceſſes ſelbſt (dominus litis) angeſehen wird, ſo daß von da an in der Regel nichts ohne deſſen Einwilligung vom Principal in der Sache vorgenommen werden darf [o]), u. ſ. w. Auch in Anſehung der im Streit befangenen Sache (res litigiosa) iſt die Willkühr der Partheyen beſchränkt. Schon durch die zwölf Tafeln war bey Strafe des doppelten Erſatzes verboten, eine ſolche Sache den Göttern zu weihen [p]), und nach einem Edict von Auguſt iſt jede Veräußerung derſelben ungültig, und zieht Strafe nach ſich [q]); was auch im neueſten Röm. Recht noch als Regel gilt [r]). — Uebrigens iſt das durch die litis contestatio begründete obligatoriſche Verhältniß der Partheyen ſeinem Zwecke nach nur vorübergehend, und vorbereitend für den Ausgang des Proceſſes [s]). Denn durch die rechtskräftige Entſcheidung der Sache (res judicata) [§. 115. Note c)], oder definitiva sententia [t]),) wird jene Obligation wieder aufgehoben, und an deren Stelle tritt in Folge des Endurtheils (ex causa judicati) eine neue ein (judicati obligatio, a. u.) [u]). Es iſt nämlich nunmehr der Condemnirte unbedingt verpflichtet, das, worein er verurtheilt worden iſt, zu leiſten [v]), ſo daß die Erfüllung dieſer Leiſtung, oder die Execution auf den Grund des condemnatoriſchen Urtheils durch die judicati actio (a. u.) gefordert werden kann [x]). Ueberhaupt aber ſind beyde Theile verpflichtet, die richterliche Entſcheidung für Wahrheit gelten zu laſſen [y]), mithin die nämliche Sache nicht zum Gegenſtand eines neuen Proceſſes zu machen; und darauf gründet ſich die exceptio rei judicatae, welche jedem Intereſſenten, wenn er aus demſelben Grunde, oder in Betreff deſſelben Gegenſtandes, worüber bereits entſchieden iſt, vom Gegner wieder in Anſpruch genommen wird, zu Statten kommt [z]).

a) Vgl. Keller Ueber Litis-Contestation und Urtheil nach classischem Röm. Recht, (Zürich, 1827.) und Mayer Die Litis-Contestatio geschichtlich dargestellt. (Stuttg. 1830.)

b) Paul. Diac. ex Festo v. *contestari*: „*Contestari* est, cum uterque reus dicit: Testes estote. *Contestari litem* dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: Testes estote.“

c) Vgl. Keller i. a. W. S. 1 — 5.

d) Derselbe i. a. W. S. 6 — 11. Nicht ganz einverstanden hiermit ist Bethmann-Hollweg in der Tüb. Krit. Zeitsch. für Rechtsw. B. 5. S. 73. fgg., welcher die lit. contest. für einen bestimmten einzelnen Act hält, wodurch die Partheyen in Gegenwart von Zeugen förmlich erklärt hätten, es auf das judicium, die Untersuchung und Entscheidung des judex, ankommen lassen zu wollen. — Die verschiedenen Ansichten über das Wesen der lit. cont. und die Gründe der Annahme, daß diese Handlung dem Verfahren vor dem magistratus angehört habe, und nicht, wie sonst Viele behaupteten, erst vor dem judex geschehen sey, findet man bei Keller i. a. W. §. 2 — 4. Diese Annahme wird, nächst der in der Note b) angeführten Stelle, hauptsächlich auch durch Gell. V. 10., die l. 8. §. 2. D. de procurat. (III. 3.) und l. 25. §. 8. D. de aedil. edict. (XXI. 1.) unterstützt. — Uebrigens wird der Ausdruck *litem contestari* oft vorzugsweise auf den Kläger bezogen, insofern nämlich dieser zu dem Verfahren vor der Obrigkeit die erste Veranlassung giebt, z. B. Gell. l. c. l. 10. §. 2. in f. D. si quis caution. (II. 11.) l. 11. D. de judic. (V. 1.) l. 28. D. de novat. (XLVI. 2.), bisweilen aber auch auf den Beklagten, z. B. Cic. ad Att. XVI. 15. l. 32. §. 9. D. de recept. (IV. 8.), obgleich für den Letztern gewöhnlich andere Ausdrücke vorkommen, z. B. *judicium* oder *actionem* oder *litem accipere* oder *suscipere*, u. dgl. Gaj. IV. §. 87. l. 8. §. 2. l. 16. u. l. 17. §. 2. D. de procurat. l. 9. §. 3. D. de dolo malo (IV. 3.) l. 28. §. 2. l. 34. u. l. 52. pr. D. de judic. l. 6. D. si ususfr. pet. (VII. 6.) l. 1. §. 2. u. 3. D. de administrat. tutor. (XXVI. 7.) l. 52. D. de regul. jur. (L. 17.) Aber auch in passiver Bedeutung wird *contestari* gebraucht, z. B. *lis contestatur*, l. 22. §. 5. D. solut. matrim. (XXIV. 3.) l. 91. §. 7. D. de legat. I. (XXX.); daher es auch vom Beklagten heißt: *lis in eum* oder *cum eo contestata est.* l. 14. D. de his, qui not. infam. (III. 2.) l. 11. pr. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 3. §. 10. D. judic. solv. (XLVI. 7.) Gleichbedeutend mit lis contestata (b. a. u.) sind die Ausdrücke: *judicium constitutum*, z. B. Cic. pro Rosc. Comoed. c. 11., *judicium acceptum* (a. u.), z. B. l. 40. pr. D. de hered. pet. (V. 3.) l. 25. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 25. §. 8. D. de aedil. edict. (XXI. 1.) l. 29. D. de novat. (XLVI. 2.) und andere ähnliche Ausdrücke. Vgl. Keller i. a. W. §. 6.

e) l. un. §. 1. Th. C. de act. cert. temp. fin. (IV. 14.) l. 14. §. 1. J. C. de judic. (III. 1.) „. . . . cum lis fuerit contestata, post

narrationem propositam et contradictionem objectam, ... " l. 2. pr. C. de jurejur. propt. calumn. (II. 59.) „ . . . . in primordio litis . . . . post narrationem et responsionem, ... " — Mit dieſer Bedeutung der litis contestatio ſteht auch folgende Beſtimmung in der l. un. C. h. t. (III. 9.) in vollem Einklang „ . . . . *Lis enim tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit.*" Daß aber dieſe Beſtimmung, da die l. cit. von Severus und Antoninus, alſo aus einer Zeit, wo der Unterſchied des Verfahrens vor dem magistratus und vor dem judex noch beſtand, herrührt, urſprünglich nicht ſo gelautet habe, ſondern nach dem Sinn des neuern Röm. Rechts interpolirt ſey, hat Keller i. a. W. §. 5., dem auch Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 71. beytritt, wahrſcheinlich zu machen geſucht. Eine andere Erklärung dieſer Stelle ſchlägt Zimmern vor in der Rechtsgeſch. B. 3. S. 361. Note 13).

f) Gaj. IV. §. 106. u. 107. l. 31. D. de judic. (V. 1.) l. un. §. 1. Th. C. de act. cert. temp. fin. (IV. 14.) l. un. J. C. h. t. (III. 9.) l. 2. C. de pet. her. (III. 31.)

g) l. 3. §. 11. D. de pecul. (XV. 1.) „ . . . . sicut in stipulatione contrahitur . . . . , ita *judicio contrahi.*" Daß der litis contestatio ein wirklicher Vertrag der Partheyen zum Grunde gelegen habe, läßt ſich zwar aus jenem Ausdruck: *judicio contrahi*, wenn man damit die Aeußerung der l. 20. D. de judic. (V. 1.) „ . . . . ut, ubicunque aliquis obligetur, et contrahi videatur, ... " vergleicht, nicht beweiſen; doch behauptet es Mayer i. a. W. S. 26. fgg., dem auch Rudorff in der Zeitſch. f. geſchicht. Rechtsw. B. 7. S. 237. fgg. unter Hinzufügung neuer Gründe beyſtimmt, und zwar ſoll jener Vertrag bey der lit. cont. *per aes et libram* abgeſchloſſen worden ſeyn.

h) Vgl. Bethmann-Hollweg's Verſuche ꝛc. S. 150.

i) Gaj. III. §. 180. u. 181. vergl. mit IV. §. 106. u. 107. — Vatic. Fr. §. 263.

k) Insbeſondere in der l. 11. §. 1. u. l. 29. D. de novat. (XLVI. 2.) Vgl. auch l. 23. D. de solut. (XLVI. 3.) u. l. 3. pr. in f. C. de usur. rei judic. (VII. 54.)

l) Denn nur dieſen Klagen liegt eine obligatio, welche novirt werden konnte, (l. 1. pr. D. de novat. [XLVI. 2.],) zum Grunde.

m) Vgl. Keller i. a. W. §. 9. fgg. u. Zimmern i. a. W. §. 123.

n) l. 20. D. de rei vind. (VI. 1.) l. 31. pr. D. de reb. cred. (XII. 1.) l. 2. l. 3. §. 1. u. l. 10. D. de usur. (XXII. 1.) Vgl. Keller i. a. W. §. 21. u. Zimmern i. a. W. §. 122.

o) l. 11. pr. D. de doli mali except. (XLIV. 4.) l. 4. §. 5. in f. D. de appellat. (XLIX. 1.) l. 11. 22. u. 23. C. de procurat. (II. 13.) l. 1. C. h. t. (VII. 45.)

p) l. 3. D. de litigios. (XLIV. 6.)

q) Fragm. de jure fisci. §. 8. Gaj. IV. §. 117. l. 13. D. famil. ercisc.

(X. 2.) l. 27. §. 1. D. ad SC. Vellej. (XVI. 1.) l. 1. §. 2. D. quae res pign. oblig. non poss. (XX. 3.) l. 1. pr. u. l. 22. pr. D. de jure fisci. (XLIX. 14.)

r) l. 2. u. 4. C. de litigios. (VIII. 37.) Vgl. Mühlenbruch's Ceſſion der Forder. §. 29. u. 31.

s) Vgl. Bethmann-Hollweg's Verſuche. S. 151. fgg.

t) l. 3. u. 11. C. h. t. (VII. 45.) Im Gegenſatz des Endurtheils heißt jede im Laufe des Proceſſes erlaſſene, nur auf deſſen Leitung oder die Entſcheidung einzelner Puncte gerichtete Verfügung des Richters: *interlocutio*, z. B. in der Ueberſchrift des angef. Tit., oder *articulus*, z. B. l. 23. u. 25. Th. C. quor. appell. non recip. (XI. 36.) l. 5. J. C. eod. (VII. 65.), oder auch *praejudicium*, z. B. l. 1 — 3. Th. C. eod.

u) Gaj. III. §. 180. l. 3. §. 11. D. de pecul. (XV. 1.)

v) l. 9. in f. D. eod. l. 35. D. de noxal. act. (IX. 4.) l. 16. §. 6. D. de pignor. (XX. 1.) l. 4. §. 6. u. 7. D. h. t. (XLII. 1.) l. 29. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) l. 8. §. 3. D. de novat. (XLVI. 2.) Darauf geht das, was Gaj. l. c. freylich nur im Bezug auf ſolche Proceſſe, bey welchen durch die litis contestatio das bisherige Forderungsrecht geradezu aufgehoben wurde, als ein altes Rechtsſprüchwort anführt: „ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere; post condemnationem judicatum facere oportere.“

x) l. 4. §. 3. l. 6. §. 3. D. h. t. (XLII. 1.) Vgl. Keller i. a. W. §. 27.

y) Darauf geht die Regel: „*Res judicata pro veritate accipitur.*“ l. 207. D. de regul. jur. (L. 17.) l. 25. D. de statu hom. (I. 5.) — Vgl. auch l. 29. §. 5. D. mandat. (XVII. 1.) l. 12. §. 3. D. de bon. libert. (XXXVIII. 2.) Indeſſen gilt ein richterliches Erkenntniß regelmäßig nur für die ſtreitenden Theile ſelbſt, zufolge des Princips: „*res inter alios judicatas aliis non praejudicare,*“ l. 63. D. h. t. (XLII. 1.), oder wie es auch ausgedrückt wird: „*nec inter alios res judicata alii prodesse, aut nocere solet,*“ l. 16. in f. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) oder: *inter alios acta vel judicata aliis non nocere.*“ Vgl. die Titelrubrik des Cod. VII. 60. Doch kommen bisweilen Ausnahmen davon vor. S. z. B. l. 63. D. cit. l. 4. D. expil. hered. (XLVII. 19.) u. §. 105. Note p).

z) Vgl. §. 115. Note g) und Keller i. a. W. §. 28. u. 29.

§. 122.

Besondere Arten der Rechtsmittel: I) Interdicta. A) Begriff und Wesen derselben [a]).

Paulus V. 6. de interdictis.

Ulpiani Institutionum Fragmentum, (ein erst neuerlich von Endlicher in Wien entdecktes und 1835. herausgegebenes Fragment aus Ulpian's Institutionen.)

Tit. I. de interdictis. (IV. 15.)

Tit. D. de interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt. (XLIII. 1.)

Tit. C. de interdictis. (VIII. 1.)

Interdicta heißen überhaupt obrigkeitliche Verfügungsformeln („formae atque conceptiones verborum, quibus Praetor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat") [b]). Zwar wurden ursprünglich nur die verbietenden Befehle einer Obrigkeit *interdicta* (von interdicere) genannt, die gebietenden aber *decreta* [c]); doch wurde im Fortgang der Zeit auch auf die Letztern der erstere Ausdruck angewendet [d]). Interdicta im angegebenen Sinne nun erließ die Obrigkeit (in Rom der Prätor, und in den Provinzen der Vorsteher derselben,) hauptsächlich in solchen Fällen, wo es darauf ankam, entweder einen factischen Zustand schleunigst zu ordnen, namentlich also bey Besitzstreitigkeiten [e]), oder eine Gefahr oder Störung der rechtlichen Ordnung abzuwenden, mochte nun das gegen Verletzungen zu schützende Interesse ein öffentliches (mit Inbegriff des religiösen), oder auch ein Privatinteresse seyn [f]). Die Fälle selbst, in welchen Interdicte erlassen werden sollten, waren im obrigkeitlichen Edict verzeichnet [g]). Trat nun ein Fall dieser Art ein, so machte dabey die Obrigkeit ihren Einfluß unmittelbar (principaliter), d. h. ohne Ernennung eines judex, geltend, indem sie sofort, dem Verlangen des Antragstellers (Klägers) gemäß, einen Befehl oder ein Verbot an die Partheyen ergehen ließ [h]); und erst, wenn sich demselben der Gegner (Beklagte) nicht fügte, kam es zum judicium, d. h. zum wirklichen Proceß [i]), wobey ein (in der Lehre vom Proceß näher zu beschreibendes) strengeres Verfahren, als das gewöhnliche, Statt zu finden pflegte. — In einer anderweiten

Bedeutung aber heißen *interdicta* auch die auf Auswirkung eines obrigkeitlichen Befehls oder Verbots zum schnellen Schutz einer Sache oder des Besitzstandes gerichteten Rechtsmittel [k]). Die interdicta in diesem Sinne sind, selbst wenn ihre Fassung im Edict eine generelle (in rem) war, doch ihrem Wesen nach (vi ipsa) persönliche Rechtsmittel [l]), insofern nämlich erst durch Nichtbefolgung des im concreten Falle erlassenen obrigkeitlichen Befehls ein Klagrecht gegen den Ungehorsamen und ein eigentliches judicium begründet wird; weßhalb auch in der Regel erst von da an die Berechnung der zu erstattenden Früchte und das übrige Interesse beginnt [m]). — Was nun insbesondere die auf den Besitz gerichteten Interdicte anlangt, so nennt man sie possessorische Klagen, im Gegensatz der petitorischen Klagen (petitoriae actiones oder actiones im eigentlichen Sinne), in welchen über das Recht selbst gestritten wird [n]). Ist in Bezug auf die nämliche Sache sowohl der Besitz, als das Eigenthum streitig, so muß regelmäßig der possessorische Proceß dem petitorischen vorausgehen [o]), und wer in jenem siegt, der kann doch späterhin in dem petitorischen Proceß über die nämliche Sache noch unterliegen, da überhaupt das, was über den Besitz ausgesprochen ist, auf die Proprietät keinen entscheidenden Einfluß hat [p]). Es sind jedoch nicht alle Interdicte blos possessorische Rechtsmittel, sondern es giebt darunter auch manche petitorische [q]). Auch ist im Fortgang der Zeit für manche Fälle, wo früherhin nur ein Interdict aushalf, eine eigentliche actio eingeführt worden, so daß in dergleichen Fällen Interdicte und Actionen zu dem nämlichen Zwecke concurriren [r]). — Uebrigens hat im neuern Röm. Recht, mit dem Abkommen des alten regelmäßigen Processes (§. 111.), auch das Interdictverfahren seine ehemalige Eigenthümlichkeit verloren, so daß seitdem an die Stelle der Interdicte extraordinariae actiones, oder utiles actiones ex causa interdicti getreten sind [s]); doch ist diese formelle Aenderung in materieller Hinsicht ohne Einfluß geblieben, d. h. es sind dadurch die Fälle, in denen früher jene Rechtsmittel Statt fanden, und die Wirkungen derselben nicht abgeändert worden [t]).

a) Vgl. Bethmann-Hollweg's Handb. des Civilproz. B. 1. (Bonn, 1834.) §. 37. nebst der daselbst S. 384. Note 1) angeführten Literatur.

und des Verfassers Bemerk. ꝛc. S. 270. fgg. — In Bezug auf das oben unter den Quellen erwähnte neu entdeckte Fragment Ulpian's sind noch zu bemerken: von Savigny in der Zeitsch. für gesch. Rechtsw. B. 9. S. 1. fgg., und Rudorff ebendas. S. 7. fgg.

b) pr. I. h. t. Auf ähnliche Weise bey Gaj. IV. §. 139. „. . . . . formulae . . . verborum et conceptiones, ...“

c) Gaj. IV. §. 140. Auch in der l. Rubria (de Gallia Cisalpina) c. 19. l. 2. u. 4. werden die Worte *decernere* und *interdicere*, ingleichen *decretum* und *interdictum* unterschieden, und eben so wird in der l. 1. pr. D. de tabul. exhib. (XLIII. 5.) ein gebietender Befehl des Prätor *decretum* genannt.

d) §. 1. in f. I. h. t. Schon im prätorischen Edict, wie es uns erhalten ist, kommt das Wort *interdicere* für einen gebietenden Befehl des Prätor vor. l. 1. pr. in f. D. ut in flum. publ. (XLIII. 14.)

e) Gaj. IV. §. 139. u. pr. I. h. t. „ . . . . . quod tunc maxime faciebat, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.“

f) l. 1. pr. D. h. t. „Videamus, de quibus rebus interdicta competunt. Et sciendum est, interdicta aut de divinis rebus, aut de humanis competere; divinis, ut de locis sacris, vel de locis religiosis; de rebus hominum interdicta redduntur, aut de his, quae sunt alicujus, aut de his, quae nullius sunt. Quae sunt nullius, haec sunt: liberae personae, de quibus exhibendis, ducendis interdicta competunt; quae sunt alicujus, haec sunt aut publica aut singulorum; publica, de locis publicis, de viis, deque fluminibus publicis; quae autem singulorum sunt, aut ad universitatem pertinent, ut interdictum *Quorum bonorum*, aut ad singulas res, ut est interdictum *Uti possidetis, de itinere actuque.*“ l. 2. §. 1. D. h. t. „Interdicta autem competunt vel hominum causa, vel divini juris, aut de religione, sicut est: *ne quid in loco sacro fiat, vel quod factum est, restituatur*, et *de mortuo inferendo*, vel *sepulcro aedificando.* Hominum causa competunt, vel ad publicam utilitatem pertinentia, vel sui juris tuendi causa, vel officii tuendi causa, vel rei familiaris. Publicae utilitatis causa competit interdictum, *ut via publica uti liceat, et flumine publico*, et *ne quid fiat in via publica;* juris sui tuendi causa, *de liberis exhibendis*, item *de liberto exhibendo;* officii causa, *de homine libero exhibendo;* reliqua interdicta rei familiaris causa dantur.“ — Ungeachtet der in diesen Stellen klar ausgesprochenen Verschiedenartigkeit der Interdicte hinsichtlich ihrer Gegenstände und Zwecke, will doch Schneider in den allgemein subsidiären Klagen des Röm. Rechts S. 115. nicht anerkennen, daß zum Schutze des öffentlichen Interesses Interdicte gegeben worden seyen, sondern behauptet vielmehr, daß ihnen überall (also auch den interd. divini juris und de religione,) nur die Rücksicht auf das Interesse der Privatpersonen, als solcher, zum Grunde liege, weil es nämlich in der l. 14. D. de injur. (XLVII. 10.)

(aber freylich nur im Gegensatze davon, daß man das allen Menschen freystehende Benutzungsrecht am Meere nicht durch Interdicte schützen könne,) heißt: „ad privatas enim causas accommodata interdicta sunt, non ad publicas.“ Ueber den Grund und Zweck der Interdicte vgl. auch Zimmern in der Rechtsgesch. B. 3. S. 225., Huschke in den Studien des Röm. Rechts S. 3. fgg. u. S. 339. u. Bethmann-Hollweg i. a. W. S. 387. fgg.

g) l. 1. C. h. t. „. . . . . ad exemplum interdictorum, quae *in albo proposita habet Praetor*. . . . . “ Es stammen also die Interdicte aus dem prätorischen Rechte ab, wenn auch manche dazu dienen mochten, Bestimmungen des Civilrechts zur Ausführung zu bringen, z. B. das interd. de arboribus caedendis. l. 1. §. 7. u. 8. D. de arbor. caed. (XLIII. 27.)

h) Gaj. IV. §. 139. „Certis igitur ex causis Praetor aut Proconsul *principaliter* auctoritatem suam finiendis controversiis praeponit, (oder proponit, oder interponit, das Letztere nach Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 384. u. 385. Note 5.), ... et in summa aut jubet aliquid fieri, aut fieri prohibet. . . . . “

i) Gaj. IV. §. 141. „Nec tamen cum quid jusserit fieri, aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad judicem recuperatoresve itur, ... “ Theophil. IV. 15. pr. Auf den Umstand, daß ein solcher obrigkeitlicher Befehl keine definitive Entscheidung des Streitpunktes enthielt, sondern diese erst in dem nachherigen judicium erfolgen konnte, bezieht sich die etymologisirende Erklärung der interdicta in der Westgothischen Interpretation zu Paulus V. 6. §. 1. „*Interdicta* dicuntur quasi non perpetua sententia, sed ad tempus *interim dicta*,“ und bey Isid. Or. V. 25. „*Interdictum* est, quod . . . . . ad tempus *interim dicitur*.“ Eine Anspielung darauf liegt vielleicht auch in der l. 3. §. 6. D. de liber. exhib. (XLIII. 30.) „In hoc interdicto, donec res judicetur, ... *interim* . . . . deponi Praetor jubet. . . . . “ — Nach §. 1. in f. I. h. t. und Theophil. dazu sollen aber die *interdicta* daher ihren Namen haben „quia *inter duos dicuntur*.“

k) Daher die Redensart: interdicta *competunt*, z. B. l. 1. pr. u. l. 2. §. 1. D. h. t. l. 1. §. 1. D. de tabul. exhib. (XLIII. 5.) Eben so wird auch das Zeitwort *interdicere* von dem gebraucht, welcher sich eines solchen Rechtsmittels bedient, z. B. in der l. 3. §. 6. D. eod. l. 1. §. 2. D. de via publ. et itin. (XLIII. 11.) l. 3. §. 6. D. uti possid. (XLIII. 17.) l. 1. §. 22. in f. D. de aqua quot. (XLIII. 20.)

l) l. 1. §. 3. D. h. t. „Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, *vi* tamen *ipsa personalia* sunt.“ Diese Stelle wird freylich sehr verschieden gedeutet. Vgl. von Savigny das Recht des Besitzes, S. 32. Note 1) (d. 5. A.), Du Roi im Archiv f. d. Civil. Prax. B. 6. S. 425. fgg. Zimmern i. a. W. S. 226., Hasse d. J. im Rhein. Mus. B. 6. S. 198. fgg., von Thaden Allg. Unter-

ſuch, über den Begriff des röm. Interdictenbeſitzes, (Hamb. 1833.) S. 103. fgg.

m) l. 3. D. h. t. l. 8. §. 4. D. de precar. (XLIII. 26.) Eine Ausnahme enthält l. 1. §. 40. D. de vi (XLIII. 16.)

n) Im Röm. Recht heißen *possessoriae actiones* nur die dem bonorum possessor zuſtändigen Klagen, l. 4. in f. D. de Carbon. edict. (XXXVII. 10.) l. 50. §. 2. D. de bon. libert. (XXXVIII. 2.); doch werden auch die auf den Schutz des Beſitzſtandes abzweckenden Interdicte mit dem Beywort *possessoria* bezeichnet, l. 20. in f. D. de servitut. (VIII. 1.), und im ältern Rechte hieß ein beſtimmtes, auf Erlangung des Beſitzes abzweckendes Interdict, nämlich das des bonorum emtor, vorzugsweiſe *possessorium*. Gaj. IV. §. 145. Ueber den jetzt üblichen Gebrauch des Ausdrucks: poſſeſſoriſche Interdicte, ſ. §. 123. Note h.) — Der Ausdruck *petitoria actio* findet ſich im §. 4. I. h. t., und *petitorium judicium* in der l. 36. pr. D. de rei vind. (VI. 1.) Uebrigens werden auch ſchon im Röm. Rechte die interdicta, obgleich ſie von den actiones im engern Sinne unterſchieden werden, l. 35. §. 2. u. l. 39. pr. D. de procurat. (III. 3.) l. 6. §. 2. D. de confess. (XLII. 2.) l. 1. §. 4. in f. D. uti possid. (XLIII. 17.), doch im weitern Sinne mit darunter begriffen, l. 37. pr. in f. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.), und daher auch bisweilen geradezu actiones genannt, z. B. l. 43. in f. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) l. 1. C. si per vim. (VIII. 5.) Bey Paul. V. 6. §. 10. werden ſogar beide Worte mit einander verbunden: *interdicti actio.*

o) l. 37. D. de judic. (V. 1.) l. 13. C. de rei vind. (III. 32.) l. 3. C. h. t.

p) l. 35. D. de acquir. poss. (XLI. 2.) l. 9. C. de sentent. (VII. 45.)

q) l. 2. §. 2. D. h. t. „Quaedam interdicta rei persecutionem continent, veluti *de itinere actuque privato;* nam *proprietatis* causam continet hoc interdictum. Sed et illa interdicta, quae de locis sacris et de religiosis proponuntur, veluti proprietatis causam continent. Item illa de liberis exhibendis, quae juris tuendi causa diximus competere; ut non sit mirum, si, quae interdicta ad rem familiarem pertinent, proprietatis, non possessionis causam habeant.“ l. 3. §. 13. D. de itin. actuque priv. (XLIII. 19.) l. 1. §. 45. D. de aqua quotid. (XLIII. 20.)

r) Einige ſolche Fälle kommen bey Paul. V. 6. §. 2. u. 10. vor. Andere ſ. bey Zimmern i. a. W. §. 72. z. E. Bisweilen können aber auch die in dem nämlichen Falle concurrirenden Interdicte und Actionen auf verſchiedene Zwecke gerichtet ſeyn, z. B. Paul. V. 6. §. 14.

s) l. 3. C. h. t. §. 8. I. h. t. u. die Rubrik des oben angef. Digeſtentitels.

t) l. 3. C. h. t. „. . . . Interdicta autem licet in extraordinariis judiciis proprie locum non habent, tamen *ad exemplum eorum res*

agitur.“ §. 8. I. h. t. „ . . . . *perinde judicatur sine interdictis*, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.“ l. 17. C. de act. emt. (IV. 49.) l. 2. u. 4. C. unde vi (VIII. 4.)

Zusatz. Die einzelnen Interdicte haben ihre besondern Namen entweder von dem Prätor, von welchem sie zuerst eingeführt worden sind, z. B. Salvianum interdictum, oder von der Person des Klägers, z. B. *sectorium* interd. (Gaj. IV. §. 146.), oder von ihrem Gegenstande und Zwecke, z. B. interd. *de arboribus caedendis, de tabulis exhibendis* u. dgl., oder von den Anfangsworten der auf sie bezüglichen Stelle des prätorischen Edicts, z. B. interd. *Uti possidetis, Utrubi, Quorum bonorum* u. s. w.

§. 123.

B) Eintheilung der Interdicte.

1) Als die oberste Eintheilung der Interdicte wird in unsern Quellen diejenige vorgetragen, welche sich auf ihren Inhalt und die demselben entsprechende Fassung bezieht. In dieser Hinsicht sind sie nämlich entweder prohibitoria, oder restitutoria, oder exhibitoria [a]). *Prohibitoria* interd. (s. a. u.) heißen diejenigen, wodurch Jemandem Etwas untersagt wird [b]), *restitutoria* diejenigen, wodurch Jemandem anbefohlen wird, eine Sache heraus- oder zurückzugeben, oder auch den vorigen Zustand wiederherzustellen [c]), und *exhibitoria* solche, wodurch Jemandem anbefohlen wird, eine in seinem Besitz befindliche Sache vorzuzeigen, oder auch eine Person, die er zurückhält, auszuliefern [d]). Bey diesen Definitionen ist nun das Wort interdicta in der Bedeutung von obrigkeitlichen Verfügungen genommen. Bezieht man es aber auf Rechtsmittel der im vorigen §. beschriebenen Art, so bedeuten *prohibitoria* interdicta solche Rechtsmittel, welche darauf abzwecken, daß Jemandem Etwas untersagt werde, u. s. w. Uebrigens giebt es auch Interdicte, welche prohibitorisch und exhibitorisch zugleich sind, und daher *mixta* heißen [e]). — 2) In besonderer Beziehung auf den Besitz sind die interdicta entweder *adipiscendae* (auch apiscendae) *possessionis* (causa oder gratia comparata), oder *retinendae poss.*, oder *recuperandae poss.* (s. a. u. [f]). Die Interdicte der erstern Art sind auf Erlangung eines noch nicht erworbenen Besitzes, die der zweiten Art auf Schutz im gestörten, aber noch nicht aufgehobenen Besitze, und die der

dritten Art auf Wiedererlangung eines verlornen Besitzes gerichtet [g]). Nur die beyden letztern Arten der Interdicte sind als rechtliche Folgen des Besitzes anzusehen, und werden daher vorzugsweise possessorische Interdicte genannt [h]). Uebrigens giebt es auch Interdicte, welche sowohl auf Erlangung eines noch nicht gehabten, als auch auf Wiedererlangung eines verlornen Besitzes abzwecken, also adipiscendae und recuperandae possessionis zugleich sind, und in dieser Hinsicht *duplicia* heißen [i]). — 3) In Ansehung des gegenseitigen Verhältnisses der Partheyen sind die interdicta entweder simplicia, oder duplicia [k]). *Simplicia* heißen nämlich solche, bey welchen, der Natur der Sache nach, nur der Eine Kläger, und der Andere Beklagter seyn kann [l]), *duplicia* aber (in diesem Gegensatze) solche, bey denen jede Parthey sowohl Klägers, als Beklagtens Stelle vertritt, (so daß beyde streitenden Theile im Processe gleiche Rechte haben, und also der Eine so gut, als der Andere, condemnirt werden kann) [m]). In die erstere Kategorie gehören nun alle restitutorischen und exhibitorischen Interdicte [n]); unter den prohibitorischen aber giebt es auch einige duplicia, namentlich die retinendae possessionis interdicta [o]), welche eben deßhalb in einer Digestenstelle mit zu den mixtae actiones gerechnet werden [p]). — 4) In Ansehung der Dauer sind die interdicta entweder *annalia* (auch *annua* genannt,) oder *perpetua*, je nachdem sie nämlich entweder nur binnen einem Jahre gebraucht werden können, oder von beständiger Dauer sind [q]), (welches Letztere jedoch im neuern Röm. Recht eben so, wie bey den perpetuae actiones, zu verstehen ist, §. 112.). Doch findet bey den Interdicten der erstern Art auch nach Ablauf des Jahres, binnen welchem sie hätten geltend gemacht werden sollen, noch in so fern eine Klage Statt, als der Beklagte durch die in Frage stehende Handlung bereichert worden ist [r]).

a) Gaj. IV. §. 142. „Principalis igitur divisio in eo est, quod aut prohibitoria sunt interdicta, aut restitutoria, aut exhibitoria." §. 1. I. „Summa autem divisio interdictorum haec est, quod aut prohibitoria sunt, ..." l. 1. §. 1. D. h. t. l. 6. §. 2. D. de confess. (XLII. 2.) Eine genaue Zusammenstellung der einzelnen, zu Jeder dieser drey Classen gehörigen Interdicte findet sich bey Zimmern in der Rechtsgesch. B. 3. §. 73.

b) §. 1. I. h. t. „. . . . *Prohibitoria* sunt, quibus vetat aliquid

fieri, veluti vim sine vitio possidenti, vel mortuum inferenti, quo ei jus erat inferendi, vel in loco sacro aedificari, vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri, quo pejus navigetur. . . . .“

c) §. 1. I. h. t. „ . . . . *Restitutoria* sunt, quibus restitui aliquid jubet, veluti cum bonorum possessori possessionem eorum, quae quis pro herede, aut pro possessore possidet ex ea hereditate, aut cum jubet ei, qui vi possessione fundi dejectus sit, restitui possessionem . . . .“ l. 22. D. de verb. signif. (L. 16.) „ . . . . *restituere* est, ... possessorem facere, fructusque reddere; . . . .“ Ein Beyſpiel eines ſolchen restitutorium interdictum, welches auf Wiederherſtellung des vorigen Zuſtandes geht, iſt das interd. *quod vi aut clam.* l. 1. pr. u. §. 1. D. quod vi aut clam (XLIII. 24.)

d) §. 1. I. h. t. „ . . . . *Exhibitoria* sunt, per quae jubet exhiberi, veluti eum, cujus de libertate agitur, aut libertum, cui patronus operas indicere velit, aut parenti liberos, qui in potestate ejus sunt. . . . .“ In dieſer Stelle iſt alſo nur von ſolchen exhibitoriſchen Interdicten die Rede, welche auf Auslieferung einer Perſon gehen. (Ueber das Erſte unter dieſen drey Interdicten, welches nicht mit dem interd. de homine libero exhibendo zu verwechſeln iſt, vgl. Theophil. zu dieſer Stelle.) Ein Beyſpiel eines auf Vorlegung einer Sache gerichteten, exhibitoriſchen Interdicts iſt das de tabulis exhibendis (oder proferendis) interdictum. l. 1. pr. l. 3. §. 7. u. l. 5. D. de tabul. exhib. (XLIII. 5.) l. un. C. eod. (VIII. 7.) — l. 3. §. 8. D. eod. „ . . . . *Exhibere*, hoc est materiae ipsius apprehendendae copiam facere.“ l. 22. D. de verb. signif. (L. 16.) „ . . . . *exhibere* est, praesentiam corporis praebere, ...“

e) l. 1. §. 1. D. h. t. Auch kann ein Interdict prohibitoriſch und reſtitutoriſch ſeyn, wie dieß namentlich bey dem interd. ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit, der Fall iſt. l. 3. §. 2. D. ne vis fiat ei etc. (XLIII. 4.) Außerdem giebt es mehrere Fälle, wo, ſtatt prohibitoriſcher Interdicte, nach bereits verübter Handlung reſtitutoriſche Statt finden. l. 1. §. 1. in f. D. de oper. nov. nunciat. (XXXIX. 1.) l. 2. §. 35. u. 36. D. ne quid in loco publ. (XLIII. 8.) l. 1. §. 19. u. 20. D. de flumin. (XLIII. 12.) l. 1. §. 11. u. 12. D. ne quid in flum. (XLIII. 13.)

f) Gaj. IV. §. 143. — §. 2. I. h. t. „Sequens divisio interdictorum haec est, quod quaedam adipiscendae possessionis causa comparata sunt, quaedam retinendae, quaedam reciperandae.“ In der l. 2. §. 3. D. h. t. werden dieſe Interdicte insgeſammt als ſolche bezeichnet, quae ad rem familiarem spectant, d. h. ſich auf Vermögensverhältniſſe beziehen.

g) Gaj. IV. §. 144—149. u. 154. l. 2. §. 3. D. h. t. „ . . . . *Adipiscendae possessionis* sunt interdicta, quae competunt his, qui ante non sunt nacti possessionem; . . . .“ Paul. V. 6. §. 1. „*Retinendae possessionis* gratia comparata sunt interdicta, per

quae eam possessionem, quam jam habemus, retinere volumus; . . . .“ §. 3. 4. u. 6. I. h. t. „Adipiscendae possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, quod appellatur *Quorum bonorum*, ... Ideo autem *adipiscendae possessionis* vocatur interdictum, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem; itaque si quis, adeptus possessionem amiserit eam, hoc interdictum ei inutile est. Interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, adipiscendae possessionis causa comparatum est, ... Retinendae possessionis causa comparata sunt interdicta *Uti possidetis*, et *Utrubi*, cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia sit, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere, et uter petere debeat. . . . . Reciperandae possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel aedium vi dejectus fuerit; nam ei proponitur interdictum *Unde vi*, per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem, ...“

h) Vgl. von Savigny's Recht des Beſitzes. §. 35. — S. jedoch §. 122. Note 12).

i) l. 2. §. 3. in f. D. h. t. „. . . . . Sunt interdicta, ut diximus (oder dicimus), *duplicia*, tam recuperandae, quam adipiscendae possessionis.“ Dieſe Stelle iſt freylich bisher von Vielen angefochten und für corrupt erklärt worden; allein jetzt iſt ihre Integrität (wenigſtens in der Hauptſache), und zugleich die eigenthümliche Bedeutung des Ausdrucks *duplicia* in dieſer Verbindung, außer Zweifel geſetzt durch das oben unter den Quellen angeführte, neu entdeckte Fragment Ulpian's. Hier heißt es nämlich: „ . . . . . adipiscendae quam reciperandae possessionis; qualia sunt interdicta *Quem fundum*, et *Quam hereditatem* Nam si fundum vel hereditatem ab aliquo petam, nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive nunquam possedi, sive antea possedi, deinde amisi possessionem.“ Daß am Anfange dieſer Stelle die Worte: Sunt interdicta tam, geſtanden haben müſſen, geht aus dem Zuſammenhange mit unwiderſprechlicher Evidenz hervor. Wie aber dieſe Lücke vollſtändig zu ergänzen ſey, ob mit Blume ſo: sunt tamen quaedam interdicta tam, oder mit Rudorff ſo: Sunt etiam interdicta duplicia, tam (ſ. die Zeitſch. für geſch. Rechtsw. B. 9. S. 6.) bleibt dahin geſtellt. Übrigens gehören die beyden in dieſer Stelle erwähnten Interdicte blos dem ältern Recht an. Ueber ſie, ſo wie über die l. cit. D. vgl. Rudorff a. a. O. S. 7. fgg.

k) Gaj. IV. §. 156. u. §. 7. I. h. t. „Tertia divisio interdictorum haec est, quod aut simplicia sunt, aut duplicia. . . . .“ l. 2. pr. D. h. t.

l) Gaj. IV. §. 157. u. §. 7. I. h. t. „*Simplicia* sunt, veluti in quibus alter actor, alter reus est.

m) Gaj. IV. §. 160. u. §. 7. I. h. t. „*Duplicia* sunt, veluti *Uti possidetis* interdictum, et *Utrubi*. Ideo autem *duplicia* vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam

praecipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei, quam actoris partem sustinet.“ Vgl. von Savigny i. a. W. S. 433. fgg.

n) Gaj. IV. §. 157. §. 7. I. h. t. u. l. 2. pr. D. h. t.

o) Gaj. IV. §. 158 — 160., u. die beyden letzten, in der vorigen Note citirten Stellen. Andere, hierher gehörige Beyspiele finden sich in d. l. 1. §. 2. D. de superfic. (XLIII. 18.) u. l. 1. §. 26. D. de aqua quot. (XLIII. 20.) — Wenn aber von Buchholtz in den Versuchen ꝛc. Nr. 9. auszuführen sucht, daß auch adipiscendae possessionis interdicta bisweilen duplicia in dem hierher gehörigen Sinne seyn könnten, so steht dieser Ansicht entgegen, daß jene Interdicte zu den restitutorischen gehören, §. 1. I. h. t., nun aber nach der ausdrücklichen Bemerkung von Gaj. IV. §. 157. u. 158. u. im §. 7. I. h. t. duplicia interdicta nur unter den prohibitorischen vorkommen.

p) l. 37. §. 1. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) „*Mixtae* sunt actiones, in quibus uterque actor est, ut puta .... interdictum Uti possidetis, Utrubi.“ Vgl. §. 108. Note e).

q) l. 1. §. 4. D. h. t. Zu den Interdicten der erstern Art gehören z. B. das interd. Uti possidetis, l. 1. pr. D. uti poss. (XLIII. 17.), das interd. Unde vi, l. 1. pr. D. de vi. (XLIII. 16.) u. s. w., zu denen der letztern Art aber z. B. das interd. de tabulis exhib., l. 3. §. 16. D. de tab. exhib. (XLIII. 5.), das interd. de precario, l. 8. §. 7. D. de precar. (XLIII. 26.) u. s. w.

r) l. 4. D. h. t. l. 1. pr. D. de vi. (XLIII. 16.)

Zusatz. Wenn es in der l. 1. §. 2. D. h. t. heißt: „Interdictorum quaedam in praesens, quaedam in praeteritum referuntur,....“ so geht dieser Unterschied darauf, daß bey manchen Interdicten auf den gegenwärtigen Besitzstand, der eben durch das Interdict geschützt werden soll, gesehen wird, z. B. bey'm interdictum uti possidetis, bey andern dagegen auf die Vergangenheit, so daß man eine Zeitlang sich im Besitz befunden haben muß, um das Interdict mit Erfolg anstellen zu können, z. B. bey'm interdictum de itinere actuque, ingleichen de aqua aestiva. Vgl. l. cit. — Uebrigens kommt auch der Ausdruck *utile interdictum* (s. a. u.) vor, z. B. Vatic. Fr. §. 90. l. 1. §. 20. D. de vi. (XLIII. 16.) l. 3. §. 5. D. de itin. (XLIII. 19.) l. 1. §. 35. u. 36. D. de aqua quot. (XLIII. 20.) l. 1. §. 3. D. de migrando. (XLIII. 32.), der in dem nämlichen technischen Sinne, wie utilis actio (§. 103.) zu nehmen ist, bisweilen aber auch in der vulgären Bedeutung für ein wirksames Interdict gebraucht wird, z. B. l. 2. D. eod. l. 4. §. 4. D. de in diem addict. (XVIII. 2.) l. 11. §. 10. D. quod vi aut clam (XLIII. 24.)

§. 124.

II. In integrum restitutio.

A) Begriff, Urſprung und Erforderniſſe derſelben [a]).

Paul. I. 7. de integri restitutione.
Der gleichlautende Titel des Th. C. (II. 16.)
Tit. D. de in integrum restitutionibus. (IV. 1.)

In integrum restitutio (ſ. a. u., bisweilen auch **integri restitutio**, oder auch **restitutio** ſchlechthin [b]), Wiedereinſetzung in den vorigen Stand,) heißt, vom privatrechtlichen Geſichtspunct aus betrachtet [c]), theils die Wiederaufhebung oder Ausgleichung eines nach der Strenge des Rechts begründeten Rechtsverluſtes oder Nachtheils [d]), welche aus beſondern Rückſichten der **aequitas** durch obrigkeitliche Hülfe erfolgt [e]), theils auch das auf eine ſolche Wiedereinſetzung in den vorigen Stand abzweckende Rechtsmittel [f]). Das Weſen und der Zweck der **in integrum restitutio** beſteht alſo darin, daß ſie Jemandem wider einen aus der Anwendung des ſtrengen Rechts für ihn erwachſenen Nachtheil, aus Gründen der **aequitas**, eine außerordentliche Rechtshülfe [g]) gewährt, ſey es geradezu durch Wiederherſtellung des vor jener nachtheiligen Veränderung vorhanden geweſenen Zuſtandes, oder durch ein auf Entſchädigung gerichtetes Rechtsmittel [h]). Ihrem Urſprunge nach gehört die Reſtitution im angegebenen Sinne der Jurisdiction und dem Edict des Prätor an [i]); doch erfolgten im Fortgang der Zeit auch durch civilrechtliche Beſtimmungen manche Erweiterungen derſelben [k]). — Soll nun aber eine **in integrum restitutio** Statt finden, ſo wird dazu überhaupt Folgendes vorausgeſetzt: 1) Ein nicht ganz unbedeutender Nachtheil [l]), der mit der Anwendung des ſtrengen Rechts im vorliegenden Falle verbunden ſeyn würde. Daß es aber gerade ein Vermögensſchaden ſey, iſt nicht ſchlechterdings erforderlich [m]). 2) Es darf dieſer Nachtheil weder aus einem bloßen Zufall entſtanden [n]), noch auch vom Benachtheiligten ſelbſt verſchuldet ſeyn [o]). 3) Auch muß dieſe Verletzung durch kein anderes Rechtsmittel abgewendet werden können, und es bleibt daher die Reſtitution in der Regel ausgeſchloſſen, wenn das nachthei-

lige Geſchäft oder Verhältniß ſchon nach dem Civilrecht ungültig iſt, oder nach demſelben angefochten werden kann [p]). 4) Es muß ein rechtlich anerkannter Reſtitutionsgrund vorhanden ſeyn; weßhalb auch die Ertheilung einer eigentlichen in integrum restitutio allemal eine causae cognitio von Seiten der Obrigkeit vorausſetzt [q]). Als einzelne, nach und nach angenommene, und im prätoriſchen Edict verzeichnete Reſtitutionsgründe werden in den Quellen namentlich folgende aufgezählt: Zwang und Furcht, Argliſt, Minderjährigkeit, Abweſenheit, eine capitis deminutio des Schuldners, ein entſchuldbarer Irrthum [r]); doch gehören außerdem zu den prätoriſchen Reſtitutionen auch die wegen einer alienatio judicii mutandi causa facta [s]), die wegen einer doloſen Veräußerung zum Nachtheil der Gläubiger [t]), und diejenigen, welche ſich auf die dem Edicte von der Reſtitution wegen Abweſenheit und ähnlicher Hinderniſſe der Rechtsverfolgung angehängte allgemeine Clauſel gründen (ſog. restitutio ex clausula generali) [u]). — Uebrigens ſollen hier, nach Vorausſchickung der nöthigen Bemerkungen über die Reſtitution überhaupt, von jenen verſchiedenen Reſtitutionsgründen nur diejenigen erörtert werden, denen ihrer allgemeinen Beziehung wegen nicht füglich ein beſtimmter Platz im Syſteme angewieſen werden kann, namentlich die Reſtitution wegen Zwangs, Argliſt, minderjährigen Alters [v]), Irrthums, Abweſenheit, und die aus der generellen Clauſel; während dagegen die übrigen Reſtitutionsfälle den ſpeciellen Lehren, womit ſie zunächſt in Verbindung ſtehen, vorzubehalten ſind.

a) Vgl. Burchardi Die Lehre von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, Gött. 1831. (woſelbſt S. 29 — 37. auch die ältere, hierher gehörige Literatur angeführt iſt), von Schröter Ueber Weſen und Umfang der in integrum restitutio, in der Zeitſch. für Civilr. und Proz. B. 6. Nr. 3., und Schneider in dem zum §. 102. Note a) angef. Werke S. 216 — 307.

b) Z. B. l. 3. §. 1. l. 7. §. 10. D. de minor. (IV. 4.) l. 21. §. 2. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.)

c) Denn die vom Inhaber der Staats- oder Regierungsgewalt durch einen Gnadenact bewilligten Reſtitutionen gehören nicht hierher. l. 1. §. 10. D. de postul. (III. 1.)

d) Isid. Or. V. 25. „*Integri restitutio* est causae vel rei reparatio.“ Dieſer Beſtimmung ähnlich ſind auch folgende Bezeichnungen der

Reſtitution: *redintegratio amissae causae*, l. 2. C. in quib. caus. in integr. rest. (II. 41.), *causae instauratio*, l. 2. C. quib. ex caus. maj. (II. 54.), *instauratio negotii*, l. 2. C. si advers. transact. (II. 32.)

e) l. 7. pr. D. h. t. „. . . . Etsi nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen *ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est*; . . . .“ l. 7. §. 1. D. h. t. „. . . . Et boni Praetoris est . . . . restituere litem, *ut et ratio et aequitas postulabit*, ...“ l. 26. §. 9. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.) „. . . . quoties *aequitas* restitutionem suggerit, ...“

f) Paul. I. 7. §. 1. „*Integri restitutio* est redintegrandae rei vel causae *actio*.“

g) Daher wird ſie auch mit folgenden Ausdrücken bezeichnet: *extraordinarium auxilium*, l. 16. pr. D. de minor. (IV. 4.), oder *restitutionis auxilium*, l. 2. C. si advers. solut. (II. 33.), desgl. *beneficium* l. 29. §. 2. D. de minor. l. 2. C. de integr. restit. minor. (II. 22.), oder auch *privilegium*, l. 8. C. de restit. mil. (II. 51.) — Ueber die verſchiedenen Zeitwörter ſowohl für das Erbitten einer Reſtitution, z. B. postulare, petere, implorare u. dgl., als für das Ertheilen derſelben, z. B. tribuere, dare, concedere u. dgl. ſ. von Schröter a. a. O. S. 94. u. 95.

h) Freylich iſt, beſonders in den neueſten Zeiten, von Manchen behauptet worden, zu einer jeden in integrum restitutio ſey die Reſciſſion eines vorhandenen, und die eigentliche Wiederherſtellung eines frühern Rechtszuſtandes (worin allerdings die in int. restitutio im urſprünglichen und eigentlichen Sinne beſteht,) erforderlich, und es könnten daher die auf einem Reſtitutionsgrunde beruhenden, prätoriſchen Entſchädigungs- und Intereſſen-Klagen nicht als zu jenem Begriff gehörig betrachtet werden. Ueber die gegen dieſe Anſicht entſcheidenden Gründe, wohin insbeſondere Paul. I. 7. §. 4., l. 9. §. 8. D. quod metus causa (IV. 2.) u. l. 3. §. 4. D. de alienat. jud. mut. caus. (IV. 7.) gehören, ſ. Mühlenbruch's Lehrb. des Pand. Rechts Th. 1. §. 158. Note 4). Doch iſt auf der andern Seite nicht zu verkennen, daß namentlich die de dolo actio, da ſie allmählig eine über die Sphäre einer eigentlichen Reſtitution hinausgehende Anwendbarkeit erhalten hat, bisweilen ausdrücklich von der in integrum restitutio (im urſprünglichen oder engern Sinne) unterſchieden wird, z. B. l. 7. §. 1. D. h. t. l. 1. §. 6. u. l. 38. D. de dolo malo (IV. 3.)

i) l. 1. §. 10. D. de postul. (III. 1.) „. . . . An autem et Praetor restituere possit, quaeritur; et mihi videtur, talia Praetorum decreta non esse servanda, *nisi sicubi ex officio jurisdictionis suae subvenerunt*, ut in aetate observatur, si quis deceptus sit, ceterisque speciebus, quas sub titulo *de in integrum restitutione* exsequemur. . . . .“ l. 5. D. h. t. „Nemo videtur re exclusus, quem Praetor in integrum se restituturum polliceatur.“ Auch ſind die einzelnen, auf die verſchiedenen Reſtitutionsgründe bezüglichen Stellen des

prätoriſchen Edicts, deren Faſſung freylich ſehr verſchieden lautet, durch Juſtinian's Digeſten auf uns gekommen. Daß übrigens nach dem Muſter des prätoriſchen Edicts auch in den Provinzialedicten Beſtimmungen über in integrum restitutio vorkamen, ergiebt ſich aus l. 1. pr. u. l. 3. §. 4. D. de alienat. jud. mut. caus. (IV. 7.) Dagegen läßt ſich aus dem ädiliciſchen Edict eine eigentliche in integrum restitutio, wie man ſie gewöhnlich in der redhibitoria actio zu finden glaubt, wohl nicht ableiten. Vgl. von Schröter a. a. O. S. 150. fgg.

k) Z. B. Gaj. II, §. 163. §. 6. I. de hered. qualit. (II. 19.) l. 8. §. 9. u. 11. l. 13. §. 2. u. l. 14. D. ad SC. Vellej. (XVI. 1.) l. 33. D. de re judic. (XLII. 1.) l. 35. D. de servitut. praed. rust. (VIII. 3.) u. ſ. w. Gegen die gewöhnliche Annahme ſolcher Reſtitutionen aber, welche ſelbſtſtändig durch das Civilrecht eingeführt worden ſeyn ſollen (ſog. restitutiones civiles), ſ. von Schröter a. a. O. S. 151. fgg.

l) l. 4. D. h. t. l. 9. §. 5. l. 10. u. l. 11. pr. D. de dolo mal. (IV. 3.) l. 9. pr. in f. u. l. 49. D. de minor. (IV. 4.) l. 54. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) Doch will Burchardi i. a. W. §. 8. dieſes Erforderniß nur auf beſtimmte Fälle beſchränkt wiſſen.

m) l. 3. §. 6. l. 7. §. 6. u. l. 35. D. de minor. (IV. 4.) l. 41. D. de recept. (IV. 8.) Vgl. Burchardi i. a. W. §. 7.

n) l. 11. §. 4. u. 5. D. de minor. (IV. 4.)

o) l. 7. pr. D. h. t. u. l. 16. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.) Doch wird es bey Minderjährigen mit dieſem Erforderniß nicht ſo ſtreng genommen. Gaj. II. §. 163. u. IV. §. 57. in f. §. 5. I. de hered. qual. (II. 19.) u. §. 33. I. de act. (IV. 6.) l. 44. D. de minor. (IV. 4.)

p) l. 16. pr. — §. 3. D. eod. l. 14. §. 2. u. l. 21. §. 3. D. quod metus causa (IV. 2.) l. 4. in f. C. de his, quae vi metusve causa (II. 20.) Doch leidet auch dieſe Regel bisweilen Ausnahmen. l. 3. C. eod. l. 3. C. si tutor vel cur. interv. (II. 25.)

q) Paul. I. 7. §. 3. l. 3. D. h. t. „Omnes in integrum restitutiones *causa cognita* a Praetore promittuntur; scilicet ut justitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit.“ Auch bey den auf einem Reſtitutionsgrunde beruhenden, prätoriſchen Entſchädigungs- und Intereſſen-Klagen wird hin und wieder die causae cognitio erwähnt, z. B. l. 9. §. 5. D. de dolo malo (IV. 3.) l. 2. C. eod. (II. 21.) l. 14. §. 2. D. quod metus causa (IV. 2.) l. 4. in f. C. de his, quae vi metusve causa (II. 20.)

r) l. 1. u. 2. D. h. t. „..... sub hoc titulo plurifariam Praetor hominibus vel lapsis, vel circumscriptis subvenit, sive *metu*, sive *calliditate*, sive *aetate*, sive *absentia* inciderunt in captionem, sive per *status mutationem*, aut *justum errorem*.“ Paul. I. 7. §. 2. „Integri restitutionem Praetor tribuit ex his causis: quae per *metum*, *dolum*, et *status permutationem*, et *justum errorem*, et *absentiam necessariam*, et *infirmitatem aetatis* gesta

esse dicuntur.“ Da in diesen beyden Stellen die im prätorischen Edict vorgekommenen Restitutionsgründe in einer verschiedenen Ordnung aufgezählt werden, so läßt sich hiernach die chronologische Reihefolge derselben nicht bestimmen. Vermuthungen hierüber s. bey Burchardi i. a. W. §. 11. u. fgg.

s) Dafür entscheidet nicht blos die Anschließung der Titel in den Digesten und im Codex de alienat. judic. mut. caus. (D. IV. 7. u. C. II. 55.) an die übrigen prätorischen Restitutionsgründe, sondern insbesondere auch l. 3. §. 4. D. eod. u. l. un. C. eod. Anderer Meinung sind jedoch Zimmern in der Rechtsgesch. B. 3. §. 101. u. von Schröter a. a. O. S. 145. u. fgg.

t) Hierfür entscheidet insbesondere §. 6. I. de action. (IV. 6.) Vgl. von Schröter a. a. O. S. 131 — 140.

u) l. 1. §. 1. in f. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.)

v) Diese Restitution ließe sich zwar im Systeme an die Lehre von der cura über Minderjährige anschließen, wohin sie auch in Mühlenbruch's Pand. Lehrb. gestellt wird; doch scheint es zweckmäßiger, sie hier abzuhandeln, theils weil sie nicht blos auf die unter einer cura stehenden Minderjährigen beschränkt ist, theils weil in unsern Quellen viele, auf die Restitution überhaupt bezügliche Bestimmungen gerade bey der Restitution der Minderjährigen vorkommen, so daß diese gewissermaaßen als Repräsentant der Restitution überhaupt erscheint. Vgl. Burchardi i. a. W. S. 28. u. 29.

§. 125.

B) Verfahren bey der Restitution und Dauer derselben.

Außer den zum vorigen §. angeführten Quellentiteln gehört hierher auch: **Tit. C. de tempor. in integrum restitutionis (II. 53.)**

Jede Restitution setzt, als eine außerordentliche Rechtshülfe oder Rechtswohlthat (§. 124. Note g), ein förmliches Gesuch von Seiten dessen, der darauf Anspruch macht, voraus [a]), und auch der Gegner muß darüber gehört werden [b]). Bey der Bewilligung dieses Gesuchs konnte nun der Prätor, oder wer sonst die Restitutionsbefugniß hatte [c]), einen doppelten Weg einschlagen [d]). Entweder nämlich konnte er, wenn er im vorliegenden Falle alle Erfordernisse der Restitution vorfand, diese sofort definitiv ertheilen [e]), und also auch beyde Theile in das verurtheilen, was sie sich zufolge einer solchen Restitution einander zu leisten hätten [f]), oder aber er konnte nach geschehener Prüfung der Restitutionsgründe und nach Beendigung

der darauf bezüglichen Verhandlungen, die Restitution blos vorläufig bewilligen, d. h. so, daß der Restituirte sein behauptetes Recht im Wege des ordentlichen Processes durch ein ihm dazu gestattetes Rechtsmittel ausführen sollte [g]), wo es dann natürlich vom Ausgang des Processes abhing, ob ihm die vorläufig ertheilte Restitution auch für die Dauer von Nutzen seyn würde, oder nicht. Das in einem solchen Fall dem Restituirten gestattete Rechtsmittel konnte, nach Verschiedenheit der Fälle, entweder eine actio seyn (utilis oder rescissoria actio, a. u., oder auch restitutorium judicium genannt) [h]), oder eine exceptio (exemplo rescissoriae oder utilis actionis) [i]), oder eine replicatio [k]) u. s. w. In der Regel hing es nun wohl vom Ermessen der Obrigkeit ab, welchen von jenen beyden Wegen sie einschlagen wollte [l]); doch war bey der Restitution wegen einer capitis deminutio der letztere Weg allein zulässig [m]), während dagegen in manchen andern Fällen, wo der Restituirte nicht auf den Gebrauch eines Rechtsmittels verwiesen werden konnte, oder es eines solchen nicht bedurfte, um den wiederhergestellten Zustand wirksam zu machen, nur die erstere Restitutionsform Anwendung litt [n]). Uebrigens konnte es auch nach dem Untergange des alten judiciorum ordo noch vorkommen, daß in einem besondern Verfahren über die Ertheilung der Restitution, und dann erst über das restituirte Recht selbst gestritten wurde [o]). — Was nun die für die Geltendmachung der Restitution bestimmte Zeit anlangt [p]), so war im ältern Recht sowohl das Gesuch um Restitution, als auch die Anstellung der prätorischen Restitutionsklagen auf die Zeit eines utilis annus (§. 99.) beschränkt [q]), und nur die Restitutionsklage der Gläubiger wegen einer capitis deminutio ihres Schuldners war eine perpetua actio [r]). In Bezug auf die doli actio aber verordnete Constantin d. G., daß sie innerhalb eines vom begangenen dolus an zu rechnenden continuus annus ausgewirkt, und von da an binnen einem continuum biennium beendiget werden müßte [s]), welches Gesetz jedoch im Justinianischen Codex dahin abgeändert worden ist, daß diese Klage überhaupt innerhalb eines continuum biennium anzustellen und zu beendigen sey [t]). Ferner bestimmte Constantin in Betreff der Restitution wegen Minderjährigkeit, daß sie in Rom und dessen Umgebung bis zum hundertsten Meilenstein binnen fünf, im

übrigen Italien aber binnen vier, und in den Provinzen binnen drey, von der erreichten Volljährigkeit, oder der erlangten venia aetatis (Zusatz 1. zum §. 35.) an ununterbrochen fortzurechnenden, Jahren nachgesucht und beendigt werden solle [u]). Justinian aber setzte an die Stelle sowohl des alten utilis annus bey der Restitution überhaupt, als auch der von Constantin für die Minderjährigen bestimmten Restitutionsfrist, ohne daß bey der Letztern auf die Verschiedenheit des Orts noch Etwas ankommen solle, ein quadriennium continuum für die Anbringung des Restitutionsgesuchs und die Beendigung der Verhandlung darüber; und zwar soll diese vierjährige Frist von dem Tage an gerechnet werden, von welchem der alte annus utilis zu laufen anfing, namentlich also bey der Restitution der Minderjährigen vom ersten Tage ihres 26sten Lebensjahres, und bey der Restitution der Abwesenden vom Tage ihrer Zurückkunft [v]). Uebrigens erlischt (nach der §. 116. Nr. 4. angenommenen Meinung über die Wirkung der Klagenverjährung,) mit der Verjährung einer Restitutionsklage auch die auf denselben Zweck gerichtete Exception oder Replik u. s. w. [x]), sofern nicht bey der einen oder andern eine besondere Ausnahme nachgelassen ist [y]).

a) l. 25. §. 1. D. de minor. (IV. 4.) l. 2. C. si advers. credit. (II. 38.) — l. 69. D. de regul. jur. (L. 17.)

b) l. 13. pr. in f. u. l. 29. §. 2. D. de minor. (IV. 4.) l. un. in f. C. si advers. dot. (II. 34.) l. 2. in f. C. si advers. fisc. (II. 37.) l. 1. in f. C. de praed. minor. (V. 71.)

c) Diese kam zwar den Municipalobrigkeiten nicht zu, l. 26. §. 1. D. ad municipal. (L. 1.), wohl aber jedem magistratus, welcher nebst der jurisdictio auch das imperium hatte, arg. l. 26. pr. D. eod. l. 16. §. 5. l. 17. l. 38. pr. u. l. 42. D. de minor. l. 7. §. 2. u. l. 8. D. de offic. procons. (I. 16.) l. 10. u. 11. D. de offic. praes. (I. 18.) l. 2. C. ubi et apud quem cognit. (II. 47.), und nach Justinian's Entscheidung dieser vorher bestritten gewesenen Frage in der l. 3. C. eod., auch den von dem Kaiser selbst oder den administratores reipublicae (d. h. den mit der höhern Verwaltung beauftragten Behörden) ernannten pedanei judices, (von welchen Letztern in der Lehre vom Proceß zu handeln ist.) Vgl. Burchardi i. a. W. S. 433. fgg. u. §. 28.

d) Vgl. Burchardi i. a. W. §. 24. u. 25. u. von Schröter a. a. O. S. 100. fgg.

e) Darauf geht der Ausdruck: *cognitione praetoria* (a. u.) restituere, u. vgl. l. 13. §. 1. D. de minor. (IV. 4.) l. 39. pr. D. de evict. (XXI. 2.)

f) l. 39. pr. D. cit. l. 24. §. 4. D. de minor. l. 32. §. 4. D. de admin. tut. (XXVI. 7.)

g) Darauf gehen die Redensarten: rescissa alienatione (oder usucapione, oder capitis deminutione, oder worin ſonſt der nachtheilige Vorfall beſtanden haben mag,) dare oder restituere judicium oder actionem, u. vgl. Gaj. III. §. 84. u. IV. §. 38. — §. 5. I. de act. (IV. 6.) l. 9. §. 4. D. quod metus causa (IV. 2.) l. 13. §. 1. D. de minor. (IV. 4.) l. 32. §. 5. D. ad SC. Vellej. (XVI. 1.)

h) l. 46. §. 8. D. de procurat. (III. 3.) l. 21. §. 6. D. quod metus causa (IV. 2.) l. 7. §. 10. in f. u. l. 25. pr. D. de minor. (IV. 4.) l. 20. l. 28. §. 6. u. l. 43. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.) l. 7. §. 3. D. quod fals. tut. (XXVII. 6.) l. 24. C. de rei vind. (III. 32.) l. 18. C. de postlim. (VIII. 51.) u. ſ. w. Uebrigens kommen die Ausdrücke *rescissoria* und *restitutoria* actio auch in andern Fällen vor, wo Jemand ein Rechtsgeſchäft durch eine Klage anfechten kann, oder eine ihm früher zuſtändig geweſene Klage wieder erhält. l. 21. §. 1. D. de donat. (XXXIX. 5.) l. 3. §. 1. D. de eo, per quem fact. er. (II. 10.) l. 8. §. 9. 12. u. 13. u. l. 13. §. 2. D. ad SC. Vellej. (XVI. 1.) l. 8. u. 16. C. eod. (IV. 29.)

i) l. 9. §. 3. D. quod metus causa (IV. 2.) l. 28. §. 5. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.) l. 5. C. eod. (II. 54.)

k) l. 9. §. 4. D. de jurejur. (XII. 2.)

l) l. 9. §. 3. u. 4. u. l. 21. §. 5. u. 6. D. quod metus causa (IV. 2.) l. 13. §. 1. D. de minor. (IV. 4.) l. 1. §. 1. u. l. 2. pr. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.) u. ſ. w. Vgl. Burchardi i. a. W. S. 464. fgg.

m) Gaj. III. §. 84. u. IV. §. 38. l. 2. §. 1. D. de cap. min. (IV. 5.)

n) Z. B. l. 3. §. 2. l. 7. §. 4. u. 11. u. l. 36. D. de minor. l. 1. C. si ut omiss. hered. (II. 40.)

o) Vgl. Zimmern's Rechtsgeſch. B. 3. §. 101. Den vorbereitenden Proceß, worin über die zu ertheilende Reſtitution verhandelt und entſchieden wurde, pflegen die Neuern judicium rescindens zu nennen, im Gegenſatz des judicium rescissorium, worin das durch Reſtitution wieder erlangte Recht geltend gemacht wurde.

p) Vgl. Unterholzner's Verjährungslehre B. 2. §. 151 — 155., Zimmern i. a. W. §. 107. u. Burchardi i. a. W. §. 27.

q) l. 19. u. 39. pr. D. de minor. (IV. 4.) l. 1. §. 1. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.) l. 35. pr. in f. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) l. un. init. Th. C. de dolo mal. (II. 15.) l. 7. init. J. C. h. t.

r) l. 2. §. 5. D. de cap. min. (IV. 5.)

s) l. un. Th. C. de dol. (II. 15.)

t) l. 8. J. C. de dol. (II. 21.)

u) l. 2. pr. u. §. 1. Th. C. h. t.

v) l. 7. J. C. h. t.

x) arg. l. 9. §. 4. D. de jurejur. (XII. 2.)

y) Ueber eine Ausnahme in Bezug auf die doli exceptio ſ. §. 116. Note p). Auch die doli replicatio iſt alsdann unverjährbar, wenn ſie ſich auf einen bey dem Erlaſſungsvertrage, worauf der Beklagte eine Exception gründet, vorgekommenen dolus bezieht. l. 6. C. de except. (VIII. 36.)

§. 126.

C) Subjecte und Wirkung der Reſtitution.

In Anſehung der Perſonen, von welchen und gegen welche die Reſtitution nachgeſucht werden kann [a]), gelten folgende Regeln: 1) Sie kommt nicht blos dem Verletzten für ſeine Perſon zu Statten, ſondern auch α) deſſen Erben [b]), jedoch nur in Bezug auf die von dem Erblaſſer auf ſie übergegangenen Rechtsverhältniſſe, und auch nur unter der Vorausſetzung, daß nicht ſchon bey deſſen Lebzeiten die für die Geltendmachung der Reſtitution beſtimmte Friſt abgelaufen iſt [c]); denn nur die Zeit, welche dem Erblaſſer noch übrig war, kommt dem Erben zu Gute, und nimmt, wenn der Letztere noch minderjährig iſt, erſt nach beendigter Minorennität, ſonſt aber mit dem Tage des Erbſchaftserwerbs ihren Anfang [d]). β) Den Ceſſionarien des Verletzten [e]). γ) Den Bürgen deſſelben [f]), und zwar ſelbſt dann, wenn der Hauptſchuldner von der ihm zuſtändigen Reſtitutionswohlthat keinen Gebrauch gemacht hat [g]). Doch iſt dieſe Regel nicht anwendbar, wenn aus den Umſtänden erhellet, daß der Zweck der Bürgſchaft gerade darin beſtand, den Gläubiger auf den Fall, daß der Hauptſchuldner ſich auf die Reſtitutionswohlthat berufen werde, ſicher zu ſtellen [h]). 2) In der Regel kann die Reſtitution nur gegen denjenigen ſelbſt, von welchem die Verletzung herrührt, oder der durch das dießfallſige Ereigniß unmittelbar gewonnen hat, und deſſen Erben geſucht werden [i]), nicht alſo auch gegen einen Dritten, der die in Frage ſtehende Sache beſitzt, oder aus dem die Verletzung enthaltenden Ereigniſſe nur mittelbar einen Vortheil hat, außer

wenn das verloren gegangene, und durch Restitution wieder zu erlangende Recht ein dingliches [k]), oder die Restitutionsklage eine actio in rem scripta (Zusatz 1. zum §. 104.) ist [l]). Gegen solche Personen aber, denen man Ehrerbietung schuldig ist, namentlich gegen Eltern und Patrone, findet nach Justinian's Entscheidung dieser ehedem bestritten gewesenen Frage keine Restitution Statt [m]). Auch ist sie sonst noch manchen Beschränkungen unterworfen [n]), und namentlich kann sie auch aus dem nämlichen Grunde in der Regel nicht zu wiederholten Malen erlangt werden, es müßte denn der Implorant neue Gründe zur Unterstützung seines erneuerten Gesuchs vorbringen können [o]). — Was hiernächst die Wirkung der Restitution anlangt [p]), so besteht sie überhaupt darin, daß der vor dem nachtheiligen Geschäft oder der geschehenen Verletzung vorhanden gewesene Zustand, so viel als möglich, wieder hergestellt wird, so daß der Verletzte, nach Verschiedenheit der Fälle, entweder das verloren gegangene Recht selbst, oder die ihm entzogene Sache mit allem Zubehör wieder bekommt, oder Entschädigung dafür erlangt, oder von einer übernommenen Verbindlichkeit befreit wird [q]). Da man indessen durch die Restitution nur außer Schaden und Nachtheil gesetzt, nicht aber auch auf Kosten des Gegners unbilliger Weise bereichert werden soll [r]), so muß der Restituirte Alles, was für ihn als Gewinn aus dem Geschäft oder Vorfalle, wogegen er Restitution erlangt, angesehen werden kann, dem Gegner herausgeben, oder ersetzen, oder sich auf das, was ihm selbst gebührt, abrechnen lassen [s]), und auch die vorigen Forderungsrechte und Klagen, welche durch jenes Geschäft oder Ereigniß eigentlich erloschen waren, erhält der Gegner wieder [t]).

a) Vgl. Burchardi i. a. W. §. 22. besonders von S. 398. an.

b) l. 6. D. h. t. l. 18. §. 5. D. de minor. (IV. 4.) Den Erben stehen hierin auch andere Universalsuccessoren gleich. l. 3. §. 9. D. eod. l. 6. D. h. t. l. 128. §. 1. D. de regul. jur. (L. 17.)

c) l. un. C. si advers. dot. (II. 34.)

d) l. 19. D. de minor. (IV. 4.) l. 5. §. 1 — 3. C. h. t.

e) l. 24. pr. D. de minor.

f) l. 3. §. 4. D. eod. „Sed an hoc auxilium patri quoque prosit, *ut solet interdum fidejussori ejus prodesse*, videamus. . . . . " l. 51. pr. D. de procurat. (III. 3.) „ . . . . quia et ipsi, et *fidejus-*

soribus ejus per in integrum restitutionem succurritur.“ l. 7. §. 1. D. de except. (XLIV. 1.) And. Mein. ist jedoch Burchardi i. a. W. S. 409. fgg.

g) arg. l. 19. D. eod.

h) l. 13. pr. D. de minor. l. 95. §. 3. D. de solut. (XLVI. 3.)

i) l. 9. pr. u. l. 14. D. de minor. l. 10. C. de rescind. vendit. (IV. 44.)

k) Paul I. 7. §. 4. §. 5. l. de act. (IV. 6.) l. 13. §. 1. D. de minor. (IV. 4.) l. 9. §. 4. D. quod metus causa (IV. 2.) l. 3. C. eod. (II. 20.)

l) l. 9. §. 8. u. l. 14. §. 3. D. eod. l. 1. pr. l. 6. §. 11. u. l. 10. §. 19. D. quae in fraud. creditor. (XLII. 8.)

m) l. 2. C. qui et advers. quos in integr. rest. (II. 42.) Eine Ausnahme enthält Nov. 155.

n) So findet z. B. gegen den Verlust einer Pönalklage keine Restitution Statt, l. 37. pr. de minor. (IV. 4.), und nach der gewöhnlichen, und wohl auch richtigen Meinung auch nicht gegen den Ablauf der Klagenverjährung von 30. und mehrern Jahren, arg. l. 3. u. 4. C. de praescr. XXX. vel XL. annor. (VII. 39.) And. Mein. ist jedoch mit Manchen Burchardi i. a. W. S. 135. fgg. S. dagegen R. Schneider in der Hall. Lit. Zeit. 1835. Nr. 162. S. 77. fgg. Ueber andere Beschränkungen der Restitution s. Burchardi i. a. W. §. 10.

o) Paul. I. 7. §. 3. l. 3. C. si saep. in integr. rest. (II. 44.)

p) Vgl. Burchardi i. a. W. §. 29. u. 30.

q) l. 9. §. 2. 4. u. 7. l. 21. §. 5. u. 6. D. quod. met. caus. (IV. 2.) l. 7. §. 11. u. 12. u. l. 8. D. de minor. (IV. 4.) l. 23. §. 2. u. l. 28. §. 6. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.) l. 1. pr. u. l. 3. §. 4. D. de alienat. judic. mut. (IV. 7.) l. 25. §. 4. D. quae in fraud. creditor. (XLII. 8.)

r) l. 18. u. l. 22. §. 1. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.)

s) l. 24. §. 4. l. 27. §. 1. l. 39. §. 1. u. l. 40. §. 1. D. de minor. (IV. 4.) l. 7. l. 8. u. l. 10. §. 22. D. quae in fraud. creditor. (XLII. 8.) l. un. C. de reputat. (II. 48.)

t) l. 50. D. de minor. l. 8. §. 9. sqq. D. ad SC. Vellej. (XVI. 1.) l. 1. u. 2. C. si advers. transact. (II. 32.)

§. 127.

D) Einzelne hier zu erörternde Fälle der prätorischen Restitution: 1) Wegen Zwangs und Furcht.

Die zum §. 77. angeführten Quellentitel.

Schon der Prätor Octavius, ein Zeitgenosse Cicero's,

hatte in seinem Edicte bekannt gemacht, daß er das, was durch vis oder metus veranlaßt würde, nicht als gültig anerkennen wolle [a]). Die spätern Prätoren ließen jedoch in ihren hierauf bezüglichen Edicten das Wort *vis* als überflüssig hinweg, und erwähnten blos den metus, weil beyde Begriffe sich, wie Ursache und Wirkung, zu einander verhalten [b]). Es kann nun aber dem, welcher durch einen unrechtmäßigen Zwang, und durch eine nicht ungegründete Furcht (§. 77.) zur Eingehung eines ihm nachtheiligen, jedoch an und für sich gültigen Geschäfts genöthigt worden ist, auf mehrfache Weise geholfen werden [c]), und zwar entweder so, daß er die Klage, welche er wegen des Zwangs verloren oder nicht erworben hat, sich von der Obrigkeit ertheilen läßt, um sie nun als utilis actio anstellen zu können [d]), oder so, daß er von den um des Zwanges und der Furcht willen eigends eingeführten prätorischen Rechtsmitteln, nämlich von der *metus causa actio* (a. u.), oder der metus causa exceptio (a. u., auch metus exceptio schlechthin genannt,) Gebrauch macht [e]). Jene Klage findet nicht blos bey Geschäften und Verhältnissen des strengen Rechts (stricti juris), sondern auch bei bonae fidei contractus, die durch Zwang und Furcht veranlaßt worden sind, (obgleich die Letztern auch durch die Contractsklage selbst umgestoßen werden können [f]),) auf Rescission derselben Statt [g]), und kann nicht blos gegen den Urheber des Zwanges selbst, sondern als eine actio in rem scripta, auch gegen den dritten Besitzer der abgepreßten Sache, oder einen solchen, welcher nur mittelbar bey dem durch Zwang und Furcht herbeygeführten Ergebnisse betheiligt ist, angestellt werden [h]). Sie geht nach Verschiedenheit der Fälle, die zu ihrer Anstellung Veranlassung gegeben haben, bald auf die Herausgabe der abgezwungenen Sache nebst allem Zubehör [i]), bald auf Rescission einer aus Furcht geschehenen Rechtsentsagung, oder Schulderlassung, oder einer aus Furcht übernommenen Verbindlichkeit [k]), und hat, als actio arbitraria, das Eigene, daß der Beklagte, wenn er nicht gutwillig nach dem richterlichen Ermessen die Sache herausgiebt, nunmehr zur Strafe in den vierfachen Werth der Sache selbst und alles Zubehörs verurtheilt werden kann [l]). Doch tritt diese Folge nur dann ein, wenn die metus causa actio binnen der gesetzlichen Restitutionsfrist (§. 125. g. d. E.) an-

gestellt wird; denn nach dem Ablaufe derselben geht sie immer nur auf das Einfache, und findet dann auch nur in Ermangelung einer andern Klage Statt[m]). — Was hiernächst die metus causa exceptio anlangt, so hatte sie der Prätor Cassius[n]) nicht mit in sein Edict aufgenommen, indem er die generelle doli exceptio für hinreichend hielt; doch erachtete man es in der Folge für zweckmäßiger, auch die metus causa exceptio speciell in den Edicten zu erwähnen, weil sie nämlich, als eine exceptio in rem scripta, nicht blos gegen den Urheber des widerrechtlichen Zwanges selbst, sondern auch gegen jeden Andern, der aus dem durch Zwang veranlaßten Geschäft als Kläger auftritt, gebraucht werden kann, was bey der doli exceptio nicht der Fall ist[o]).

a) Cic. in Verr. III. 65. Unter der hier erwähnten *formula* Octaviana ist höchst wahrscheinlich die von Octavius herrührende Klagformel für die metus causa actio zu verstehen. Vgl. Zimmern's Rechtsgesch. B. 3. §. 102. u. Burchardi i. a. W. S. 304. Uebrigens hält Schneider i. a. W. S. 319. fgg. diesen Octavius für identisch mit dem in der l. 4. §. 33. D. de doli mal. except. (XLIV. 4.) erwähnten Cassius, und glaubt, daß er Cassius Octavianus geheißen habe.

b) l. 1. D. h. t. „Ait Praetor: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.* Olim ita edicebatur: *Quod vi metusve causa;* . . . . " Vgl. §. 77. Note d). — Daß übrigens diese Worte nur den Anfang des Edicts über metus enthalten, ergiebt sich aus der l. 14. §. 11. D. h. t., wo noch folgende Worte des hierher gehörigen Edicts angeführt werden: „*neque ea res arbitrio judicis restituetur.*"

c) Vgl. Klien im Archiv f. d. Civil. Prax. B. 1. S. 218. fgg., Zimmern a. a. O., Burchardi i. a. W. §. 18. u. 19., von Schröter a. a. O. S. 116. fgg., und Schneider i. a. W. 377. fgg.

d) l. 9. §. 4. u. l. 21. §. 6. D. h. t.

e) l. 9. §. 3. D. h. t.

f) l. 1. u. 8. C. de rescind. vendit. (IV. 44.)

g) Paul. I. 7. §. 6. l. 4. 5. 7. 8. u. 12. C. h. t.

h) l. 9. §. 8. u. l. 14. §. 3. u. 5. D. h. t.

i) Paul. I. 7. §. 4. l. 9. §. 5. u. 7. l. 12. pr. u. l. 14. §. 11. D. h. t. l. 3 — 5. C. h. t.

k) l. 9. §. 3. u. 7. u. l. 21. §. 4. D. h. t. l. 7. u. 12. C. h. t.

l) l. 14. §. 1. 3. 4. 7. 9. 10. u. 14. D. h. t. §. 31. I. de act. (IV. 6.)

m) Paul. I. 7. §. 4. l. 14. §. 1. u. 2. D. h. t. l. 4. C. h. t.

n) Das Nähere von diesem Cassius ist unbekannt, und auch sein Zeitalter läßt sich nicht mit Gewißheit bestimmen. Vermuthungen darüber hat Burchardi i. a. W. S. 297. fgg. aufgestellt, denen aber Schneider i. a. W. S. 315. fgg. heftig widerspricht. (Vgl. auch §. 128. Note d) z. E.) Ueber die unwahrscheinliche Annahme des Letztern s. Note a).

o) l. 4. §. 33. D. de doli mali except. (XLIV. 4.) „Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat contentus doli exceptione, quae est generalis. Sed utilius visum est, etiam de metu opponere exceptionem; etenim distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur ejus, qui dolo fecit; enimvero metus causa exceptio in rem scripta est ....“ Gaj. IV. §. 117.

§. 128.

2) Wegen Arglist.

Die zum §. 78. angeführten Quellentitel.

Auf ähnliche Art, wie gegen vis und metus, giebt es auch gegen den dolus eigenthümliche prätorische Schutzmittel, nämlich die de dolo oder de dolo malo actio oder judicium (b. a. u.), oder doli judicium, und die doli oder doli mali exceptio (a. u.) [a]). Die Erstere hat unbestritten den Juristen C. Aquilius Gallus, der im Jahr Roms 688. die Prätur bekleidete [b]), zum Urheber [c]); die Letztere aber scheint, wenigstens zum Behuf einer allgemeinern Anwendbarkeit, als die sie vorher hatte, von einem Prätor Cassius eingeführt worden zu seyn [d]). — Die de dolo actio ist darauf gerichtet, daß der Beklagte die durch dolus erlangte Sache mit allem Zubehör herausgebe, oder dafern dieß nicht geschieht, oder nach den Umständen oder der Beschaffenheit des zugefügten Schadens nicht geschehen kann, zur Leistung des vollen, durch das jusjurandum in litem (vgl. Zus. zum §. 88. Nr. 2.) des Klägers zu schätzenden Interesse verurtheilt werde [e]). Sie ist, wie die metus causa actio, eine arbitraria [f]), jedoch nicht in rem scripta, sondern streng in personam [g]), und hat die Infamie des Verurtheilten zur Folge (famosa actio a. u.) [h]); weßhalb sie auch, nach der ausdrücklichen Bestimmung des prätorischen Edicts, ganz subsidiär ist [i]), und also ausgeschlossen bleibt, nicht nur wenn das durch Betrug veranlaßte Geschäft,

als ein bonae fidei contractus, schon nach dem Civilrechte durch die Contractsklage selbst rescindirt werden kann [k]), sondern auch wenn irgend eine andere Rechtshülfe für den Betrogenen möglich ist, sey es durch unmittelbare Wiederherstellung des vorigen Zustandes (in integrum restitutio im eigentlichen oder engern Sinne) [l]), oder durch eine andere Klage, oder eine Exception, oder ein Interdict [m]). Auch ist sie sonst noch mancherley Beschränkungen unterworfen [n]), und es tritt in dergleichen Fällen, wo sie aus einem besondern Grunde unstatthaft ist, an ihre Stelle eine in factum actio, als perpetua actio, ein [o]). Auf der andern Seite findet sie jedoch, in Ermangelung eines andern Rechtsmittels, nicht blos wegen eines Betrugs im eigentlichen Sinne, sondern überhaupt wegen jeder böswilligen und arglistigen Schadenszufügung Statt [p]). — Was hiernächst die doli exceptio anlangt, so setzt sie zwar im ursprünglichen und eigentlichen Sinne ebenfalls einen wirklichen dolus voraus [q]), weßhalb sie auch regelmäßig nur gegen den, welcher sich desselben schuldig gemacht hat, gebraucht werden kann [r]); doch findet sie eben so gut bey einem durch Betrug veranlaßten bonae fidei contractus, als bey einem Geschäfte oder Verhältnisse des strengen Rechts Statt [s]), und hat überhaupt durch Erweiterung ihrer ursprünglichen Bedeutung, eine sehr allgemeine, auch über die Sphäre eines eigentlichen Betrugs hinausgehende Anwendbarkeit erhalten, vermöge welcher sie fast jede andere Exception repräsentirt [t]). Auch ist sie, obwohl sie im Fall eines eigentlichen dolus den moralischen Ruf des Klägers beflecken kann, und daher auch gegen Eltern und Patrone nicht zulässig ist, sondern hier durch eine in factum exceptio vertreten wird [u]), doch niemals mit einer eigentlichen infamia dessen, gegen den sie gebraucht wird, verbunden [v]).

a) Vgl. Fr. Hänel im Archiv f. d. Civil. Prax. B. 12. S. 408. fgg., Zimmern's Rechtsgesch. B. 3. §. 103., Burchardi i. a. W. §. 18. u. 20., von Schröter a. a. O. S. 123. fgg. u. Schneider i. a. W. S. 308.

b) Cic. Top. c. 7. Vgl. Zimmern i. a. W. B. 1. §. 77., Hänel a. a. O. S. 410. fgg. u. Burchardi i. a. W. S. 307. fgg.

c) Cic. de natur. deor. III. 30. „ . . . . inde everriculum malitiarum omnium, *judicium de dolo malo*, quod C. Aquilius, familiaris noster, protulit; . . . . " Hiermit stehen auch die bey Cic. de

offic. III. 14. dem Aquilius beygelegten *de dolo malo formulae* in Verbindung; doch deutet der hier gebrauchte pluralis darauf hin, daß außer der Klagformel für das judicium de dolo malo, auch noch eine andere formula in Bezug auf den dolus von jenem Juriſten herrühre. Wahrſcheinlich hatte er nämlich auch eine Contractsclauſel gegen den dolus erfunden. Vgl. des Verfaſſers Bemerk. ꝛc. S. 352 — 355. Indeſſen ſind die Anſichten hierüber ſehr verſchieden. S. z. B. Hugo's Rechtsgeſch. S. 861. Note 2), Schweppe's Rechtsgeſch. §. 526., Zimmern i. a. W. B. 3. §. 103., Burchardi i. a. W. S. 308. fgg., und gegen dieſen R. Schneider in der Hall. Lit. Zeit. 1834. Nr. 163. S. 83. und K. A. Schneider i. a. W. S. 321. fgg., welcher Letztere mit Zimmern unter jenen formulae ſowohl die actio als exceptio doli verſteht, ohne jedoch ein einziges Zeugniß dafür beybringen zu können, daß formula jemals bey den Alten gleichbedeutend mit exceptio gebraucht worden ſey.

d) l. 4. §. 33. D. de doli mali except. (XLIV. 4.) Vgl. Note n) u. o) zum §. 127). Daß die doli exceptio nicht ſchon von jeher, ſeitdem überhaupt formelle Einreden bey den Römern in Gebrauch gekommen waren, (was freylich bey den legis actiones noch nicht Statt fand, §. 117. Note u)) in den bonae fidei judicia hätte gebraucht werden können, iſt nicht glaublich, und es beſtand daher das Neue, was Cassius in Bezug auf dieſe Exception einführte, wahrſcheinlich nur darin, daß er ihre Anwendbarkeit erweiterte, und ſie namentlich auch in stricti juris judic. für zuläſſig erklärte, vgl. Burchardi i. a. W. S. 291. fgg. u. 297. fgg., obgleich ſie bey dieſen auch ſpäterhin noch (bis auf Marc Aurel) zum Behuf der Compenſation nicht gebraucht werden konnte. §. 30. I. de action. (IV. 6.) Uebrigens läßt ſich die Behauptung Burchardi's i. a. W. S. 300. fgg., daß jenes Caſſianiſche Edict jedenfalls noch bey Lebzeiten von Plautus erlaſſen worden ſeyn müſſe, durch die Beziehung auf Plaut. in Rud. V. 3. v. 24 — 26. nicht rechtfertigen, da dieſe Stelle nicht von der doli exceptio überhaupt, ſondern nur von der exceptio legis Plaetoriae (vgl. §. 129. Note e) u. f)) zu verſtehen iſt.

e) l. 18. pr. §. 1. u. 4. D. h. t.

f) l. 18. pr. D. cit. u. §. 31. I. de action. (IV. 6.) Daß aber bey der doli actio der Beklagte, wenn er dem vom judex ausgeſprochenen Reſtitutionsbefehl nicht genügte, auf das Vierfache, wie bey der metus causa actio (vgl. §. 127. Note l)), habe verurtheilt werden können, davon findet ſich keine Spur.

g) l. 15. §. 3. D. h. t. „In hac actione designari oportet, cujus dolo factum sit, quamvis in metu non sit necesse.“

h) l. 1. §. 4. D. h. t. l. 7. §. 1. D. de in integr. restit. (IV. 1.) l. 1. pr. D. de his, qui notant. infam. (III. 2.) „. . . . Infamia notatur, qui . . . . . *de dolo malo et fraude . . . . damnatus . . . . erit;* . . . .“

i) l. 1. §. 1. D. h. t. „Verba autem Edicti talia sunt: *Quae dolo malo facta esse dicentur*, si de his rebus alia actio non erit, *et justa causa esse videbitur, judicium dabo.*“ l. 1. §. 4. D. h. t. „. . . . . merito Praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit, *quoniam famosa actio non temere debuit a Praetore decerni*, ...“ Ungeachtet dieſer beſtimmten Erklärung Ulpian's will doch Schneider i. a. W. S. 329. fgg. die infamirende Eigenſchaft der doli actio nicht als den eigentlichen Grund ihrer Subſidiarität anerkennen.

k) l. 7. §. 3. in f. u. l. 9. pr. D. h. t. l. 11. §. 5. D. de act. emt. (XIX. 1.) l. 5. u. 10. C. de rescind. vend. (IV. 44.)

l) l. 7. §. 1. D. de in integr. restit. (IV. 1.) l. 1. §. 6. D. h. t. (Vgl. §. 124. Note h)).

m) l. 1. §. 4. 7. u. 8. l. 2 — 5. l. 7. u. l. 25. D. h. t. l. 2. C. h. t. Doch concurrirt im Fall eines widerrechtlichen Zwanges die de dolo actio mit der metus causa actio electiv. Paul. I. 8. §. 2. u. l. 14. §. 13. D. quod metus causa. (IV. 2.) Vgl. Schneider i. a. W. S. 333. fgg.

n) Dahin gehört, daß ſie nur wegen einer ganz offenbaren Argliſt zuläſſig iſt, l. 7. §. 10. in f. D. h. t. l. 6. C. h. t., und nur wenn der Betrag des dadurch verurſachten Schadens die Summe von zwei aurei überſteigt, l. 9. §. 5. l. 10. u. l. 11. pr. D. h. t., daß ſie ferner nicht blos gegen Eltern und Patrone unſtatthaft iſt, (gegen welche freylich nach Juſtinian's Entſcheidung überhaupt keine Reſtitution Statt findet, §. 126. Note m)) ſondern auch von einer Perſon niedern Standes gegen eine ſehr angeſehene eben ſo wenig, als von einem übel berüchtigten Menſchen gegen eine Perſon von unbeſcholtenem Lebenswandel angeſtellt werden kann. l. 11. §. 1. D. h. t. Ueber die Verjährungsfriſt dieſer Klage ſ. §. 125. Note s) u. t).

o) l. 11. §. 1. in f. l. 12. u. l. 28. in f. D. h. t.

p) l. 18. §. 5. l. 19. l. 24. 31. 32. 34. 35. u. 39. D. h. t. l. 1. u. 4. C. h. t. Daher heißt ſie ſchon bey Cic. everriculum malitiarum *omnium*. S. Note e).

q) l. 1. §. 1. u. l. 2. pr. D. de doli mali except. (XLIV. 4.)

r) l. 2. §. 1. u. l. 4. §. 38. D. eod. Doch kommen von dieſer Regel manche Ausnahmen vor. l. 4. §. 23 — 31. D. eod.

s) Gaj. IV. §. 116. §. 1. I. de except. (IV. 13.) l. 36. D. de verb. oblig. (XLV. 1.) l. 2. §. 3. u. 4. — l. 4. pr. §. 8. u. 23. D. de doli mali except. (XLIV. 4.) u. ſ. w.

t) l. 2. §. 5. D. eod. Vgl. Zuſatz 3. zum §. 117.

u) l. 4. §. 16. D. eod.

v) Dieß folgt ſchon aus den in der Note h) angeführten Worten des prätoriſchen Edicts: qui de dolo malo *damnatus* erit. Denn die Ver-

urtheilung kann, wenigstens in der Regel, nur die Wirkung einer mit Erfolg angestellten Klage, nicht aber auch einer der Klage entgegengesetzten Einrede seyn. (§. 117. Note o.)) Vgl. Hänel a. a. O. S. 412.

§. 129.

3) Wegen Minderjährigkeit. [a])

Paulus I. 9. de minoribus XXV. annorum.

Tit. D. de minoribus viginti quinque annis. (IV. 4.)

Tit. C. de in integr. restitut. minorum XXV. annis. (II. 22.)

Zum Besten der Minderjährigen enthielt schon die lex **Plaetoria** (§. 35. Note ll) u. mm)) einige Bestimmungen, um sie gegen betrügerische Uebervortheilungen (circumscriptiones) zu schützen. Es sollte nämlich der, welcher einen Minderjährigen betrogen hätte, einer öffentlichen Anklage (judicium publicum) unterworfen seyn [b]), welche wahrscheinlich nur auf eine Geldstrafe ging [c]), aber zugleich mit der Infamie des Verurtheilten verbunden war [d]). Ferner sollten Minderjährige gegen die Verpflichtung und Klage aus betrüglichen Verträgen unmittelbar geschützt werden [e]), und es kam ihnen in dieser Hinsicht, wenn sie aus solchen Contracten belangt wurden, wahrscheinlich die exceptio legis **Plaetoriae** zu, die aber durch die späterhin eingeführte, **allgemeine doli mali** exceptio (§. 128. Note d) u. q — t)) verdrängt wurde, und daher in unsern Quellen nicht speciell erwähnt wird [f]). Weit vollständiger aber, und also nicht blos für die Fälle betrügerischer Uebervortheilungen, wurde für die Minderjährigen durch das prätorische Edict gesorgt. Der Prätor nämlich erklärte im Edict, daß er bey jedem, einen Minderjährigen betreffenden Rechtsgeschäfte oder Rechtsereignisse das Beste desselben nach Maaßgabe der Umstände in Obacht nehmen werde [g]). Das Alter dieses Edicts läßt sich nicht mit Gewißheit bestimmen; doch scheint es in die letzten Zeiten der Republik zu fallen [h]). Durch die allgemeine Fassung desselben, wobey der Prätor Alles seiner freyen und billigen Berücksichtigung der Umstände vorbehalten hatte, war den Minderjährigen keine bestimmte Restitutionsform und kein eigenthümliches Rechtsmittel zuge-

sichert worden, so daß ihre Restitution in jeder hierbey möglichen Form (§. 125.) nach dem Ermessen der Obrigkeit erfolgen kann [i]). Die hierdurch eingeführte Rechtswohlthat der Minderjährigen, deren Grund in der Rücksicht auf die Unerfahrenheit und Unbesonnenheit des jugendlichen Alters (aetatis lubricum [a. u.], oder infirmitas aetatis, oder inconsulta facilitas liegt [k]), heißt speciell aetatis beneficium (a. u.), oder auxilium aetatis, (a. u.) oder auch vorzugsweise minorum jus [l]), und kommt nicht blos solchen Minderjährigen zu, welche mündig und sui juris, sondern, wenigstens nach spätern Erweiterungen des prätorischen Edicts, auch solchen, welche noch unmündig, oder noch der väterlichen Gewalt unterworfen sind [m]), gleichviel übrigens, ob sie allein, oder unter Beytritt und Genehmigung ihres Vormundes oder Vaters gehandelt haben [n]), und selbst bey den, für die Minderjährigen, ohne ihre eigene Mitwirkung, blos von ihren Vormündern oder Vätern vorgenommenen, ja sogar bey den von der Obrigkeit bestätigten Geschäften derselben ist eben so, wie bey Versäumnissen der Vormünder in Angelegenheiten ihrer Pflegebefohlnen, Restitution möglich [o]). Ferner beschränkt sie sich nicht blos auf Fälle eines positiven Schadens, sondern kann auch bey Verabsäumungen eines zu erlangen gewesenen Vortheils oder Gewinnes eintreten [p]). In jedem Falle aber wird vorausgesetzt, daß der Nachtheil, gegen welchen ein Minderjähriger restituirt seyn will, ihn selbst, und also nicht durch ihn einen Dritten, betroffen habe [q]), und daß dieser Nachtheil in irgend einer Beziehung zu der Jugend des Verletzten stehe. Daher findet die Restitution weder bey solchen Verletzungen Statt, die Jemand erst nach erreichter Volljährigkeit, wenn auch bald nachher, oder nach erlangter venia aetatis erlitten hat [r]), noch auch bey solchen, welche zwar schon während der Minderjährigkeit eingetreten, aber von der Art sind, daß sie auch jeden Andern in gleicher Lage betroffen haben würden, sey es, daß sie mit der Anwendung gewöhnlicher Rechtsgrundsätze (jus commune) verbunden sind [s]), oder in zufälligen Ereignissen ihren Grund haben, wodurch ein an sich nicht nachtheiliges Geschäft erst hinterher nachtheilig geworden ist [t]). Außerdem ist die Restitution der Minderjährigen nicht blos durch die allgemeine Rücksicht beschränkt, daß, wenn sie zu oft und allzu freygebig ertheilt würde, die Minderjähri-

gen dadurch leicht um allen Credit im bürgerlichen Verkehr gebracht werden könnten [u]), sondern auch in manchen Fällen aus speciellen Gründen ausgeschlossen, z. B. wenn der Minderjährige das nachtheilige Geschäft nach erreichter Volljährigkeit genehmigt [v]), oder bey Eingehung desselben sich wissentlich für majorenn ausgegeben [x]), oder überhaupt eines dolus sich schuldig gemacht hat [y]). — Uebrigens ist dieses Vorrecht der Minderjährigen analogisch auch auf städtische Communen (respublicae) ausgedehnt worden [z]).

a) Vgl. Zimmern's Rechtsgesch. B. 3. §. 104. Burchardi i. a. W. §. 13 — 16., von Schröter a. a. O. S. 111. fgg., und von Savigny in der zum §. 35. Note ll) angef. Abhandl.

b) Cic. de offic. III. 15. u. de nat. deor. III. 30. Vgl. §. 37. Note o).

c) Vgl. von Savigny a. a. O. S. 9.

d) Vgl. §. 37. Note p).

e) Plaut. in Rud. V. 3. V. 24. sqq. „. . . . Cedo quicum habeam judicem, *ni dolo malo instipulatus sis, nive etiam dum siem quinque et viginti natus annos.*“ Priscian. VIII. 4. „Suetonius autem passive protulit in IV. Praet.: Laetoria (richtiger Plaetoria), quae vetat minorem annis XXV. *stipulari;*“ u. XVIII. 19. „Suetonius in IV. Praet.: minor XXV. annorum *stipulari* non potest, passive dixit.“ Diese beyden letztern Stellen versteht man zwar gewöhnlich nach ihrem buchstäblichen Sinne von allen Stipulationen der Minderjährigen; allein von Savigny a. a. O. S. 14. fgg. hat gezeigt, daß sie auf betrügliche Stipulationen der Minderjährigen zu beschränken seyen.

f) Doch findet sich noch eine Spur von ihr in der l. 7. §. 1. D. de except. (XLIV. 1.) „Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt, ut rei judicatae, *doli mali*, ... Idem dicitur, et si pro filiofamilias contra Senatusconsultum quis fidejusserit, *aut pro minore vigintiquinque annis circumscripto;* . . . .“ Vgl. Cujac. Observ. XIX. 29. in f. u. 33., Burchardi i. a. W. S. 204. fgg. u. von Savigny a. a. O. S. 11. fgg.

g) l. 1. §. 1. D. h. t. „Praetor edicit: *Quod cum minore quam vigintiquinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam.*“

h) Dieß ergiebt sich besonders daraus, daß in der l. 16. §. 1. D. h. t. Aeußerungen von Labeo und Ofilius in Bezug auf die Restitution der Minderjährigen angeführt werden. Doch glaubt Burchardi i. a. W. S. 210. fgg., daß der Ursprung dieses Edicts erst in die Zeit der Kaiserregierung falle, und jünger sey, als die lex Claudia in Betreff

der Vormundſchaft über Frauen. S. dagegen R. Schneider in der Hall. Lit. Zeit. 1834. Nr. 162. S. 78. fgg.

i) l. 24. §. 5. D. h. t. „Ex hoc Edicto nulla propria actio vel cautio proficiscitur; totum enim hoc pendet ex Praetoris cognitione.“

k) l. 1. pr. D. h. t. „Hoc Edictum Praetor naturalem aequitatem secutus proposuit, quo tutelam minorum suscepit; nam cum inter omnes constet, fragile esse et infirmum hujusmodi aetatum consilium, et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum, auxilium iis Praetor hoc Edicto pollicitus est, et adversus captiones opitulationem.“ l. 11. §. 4. u. 5. u. l. 18. §. 1. D. h. t. l. 2. C. de filiofam. min. (II. 23.) l. 2. C. si advers. delict. (II. 35.)

l) l. 7. §. 5. D. h. t. l. 51. §. 4. D. de fidejuss. (XLVI. 1.) l. 2. C. h. t. l. 1. C. si advers. rem judic. (II. 27.) l. 4. C. quib. ex caus. major. (II. 54.)

m) l. 3. §. 4. u. 7. l. 29. pr. u. §. 1. l. 38. l. 47. pr. u. l. 49. D. h. t. l. 1. u. 2. C. de filiofam. min. (II. 23.) l. 5. C. si advers. rem judic. (II. 27.)

n) Paul. V. 12. §. 4. l. 29. pr. u. l. 34. §. 1. D. h. t. l. 2. C. si tut. vel cur. (II. 25.)

o) l. 3. u. 5. C. eod. l. 39. §. 1. u. l. 47. D. h. t. l. 2. C. si advers. vendit. (II. 28.) l. 8. §. 6. C. de bon. quae lib. (VI. 61.) — l. 2. C. de fidejuss. min. (II. 24.) l. 11. C. de praed. min. (V. 71.) — l. 38. pr. D. h. t. Nov. I. c. 4. §. 1.

p) l. 7. §. 8. l. 24. §. 2. u. l. 44. D. h. t.

q) Paul. I. 9. §. 2. l. 3. §. 4 — 11. l. 4. l. 5. l. 23. l. 24. pr. u. l. 38. §. 1. D. h. t. l. 13. §. 1. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.)

r) l. 1. §. 2. u. l. 3. §. 2. D. h. t. l. 5. pr. C. de temp. in integr. restit. (II. 53.) l. 1. C. de his, qui ven. aetat. impetr. (II. 45.)

s) l. 51. §. 4. D. de fidejuss. (XLVI. 1.) l. 9. C. h. t. „Non videtur circumscriptus esse minor, qui jure sit usus communi.“ — Anwendungen davon kommen vor z. B. in der l. 46. D. h. t. l. 2. C. si advers. vend. pign. (II. 29.)

t) l. 7. §. 8. in f. u. l. 11. §. 4. u. 5. D. h. t.

u) l. 24. §. 1. D. h. t. „Non semper autem ea, quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et aequum redigenda sunt, *ne magno incommodo hujus aetatis homines afficiantur nemine cum his contrahente; et quodammodo commercio iis interdicetur.* Itaque nisi aut manifesta circumscriptio sit, aut tam negligenter in ea causa versati sunt, Praetor interponere se non debet.“ l. 7. §. 8. l. 11. §. 3. D. h. t. l. 9. §. 4. D. de jurejur. (XII. 2.)

v) Paul. I. 9. §. 3. l. 3. §. 1. D. h. t. l. 1. u. 2. C. si major factus rat. hab. (II. 46.)

x) l. 2. C. si minor se major. dix. (II. 43.) l. 3. C. eod. „. . . . cum malitia suppleat aetatem, restitutionis auxilium . . . . denegari statutum est. . . . . “

y) Paul. I. 9. §. 1. l. 9. §. 2. D. h. t. „. . . . . Et placet, in delictis minoribus non subveniri; . . . . “ l. 9. §. 5. D. eod. l. 1. u. 2. C. si advers. delict. (II. 35.) — Ueber andere Beſchränkungen der Reſtitution Minderjähriger vgl. Burchardi i. a. W. §. 15.

z) l. 3. C. de jure reipubl. (XI. 29.) l. 1. C. de offic. ejus, qui vic. alic. jud. obt. (I. 50.) l. 4. C. quib. ex caus. major. (II. 54.) — Nach einer Conſtitution von Honor. u. Theodos., nämlich der l. 3. Th. C. de integri restit. (II. 16.), (welche auch in der Consultatio c. 9. als l. 12. vorkommt), ſollten auch Frauensperſonen, wie Minderjährige, gegen Nachtheile, die ſie durch Verſäumniß oder Unkunde erlitten hätten, reſtituirt werden; allein bey der Aufnahme dieſes Geſetzes in den Juſtinianiſchen Codex, als l. 8. C. h. t., iſt die Erwähnung der Frauensperſonen hierbey weggelaſſen worden, und ſie können alſo im Juſtinianiſchen Rechte, beſonders auch wegen der l. 13. C. de jur. et fact. ignor. (I. 18.), in Anſehung der Reſtitutionswohlthat den Minderjährigen nicht gleichgeſtellt werden, obgleich in den Digeſten ſich einige darauf hindeutende Aeußerungen vorfinden, z. B. in der l. 8. §. 2. D. qui satisd. cog. (II. 8.) l. 110. §. 4. D. de regul. jur. (L. 17.) Vgl. Burchardi i. a. W. §. 16.

§. 130.

4) Wegen Irrthums [a]).

Auf die Reſtitution wegen Irrthums bezieht ſich ein ganz ſpecielles, in den Digeſten nicht mit zur Lehre von den Reſtitutionen geſtelltes Edict, wodurch der Prätor demjenigen Reſtitution verſprach, welcher gegen einen Pupillen unter der auctoritas eines falsus tutor, den er aber irrthümlich für den wahren tutor gehalten hätte, als Kläger aufgetreten wäre [b]). Da nämlich ein Pupill durch den unter dem Beytritt eines falſchen Vormundes übernommenen Proceß, und durch das darin ausgeſprochene condemnatoriſche Urtheil nicht verpflichtet werden konnte, gleichwohl aber der Kläger auch durch einen ſolchen Proceß in Fällen, wo ehedem durch die litis contestatio das der Klage zum Grunde liegende Recht geradezu aufgehoben wurde (§. 121. Note i)), ſein voriges Klagrecht verlor, ſo war für ihn eine Reſtitution nöthig, um ſein dießfallſiges Recht in einem restitutorium judicium wieder geltend machen zu kön-

nen [c]). Dieſer Reſtitutionsfall iſt jedoch im neuern Recht, ſeitdem die ehemaligen legitima judicia weggefallen ſind, und durch Anſtellung einer Klage das derſelben zum Grunde liegende Recht nicht mehr ipso jure aufgehoben wird (§. 115. Note f)), unpractiſch geworden. Dagegen kann, vielleicht vermöge anderer, für uns verloren gegangener Beſtimmungen des prätoriſchen Edicts, auch noch in manchen andern Fällen wegen eines entſchuldbaren Irrthums in integrum restitutio Statt finden, und die hierher gehörigen Fälle, deren in unſern Quellen nur gelegentlich an verſchiedenen Orten Erwähnung geſchieht, kommen faſt durchgängig darin mit einander überein, daß ſie eine blos proceſſualiſche Beziehung haben, und alſo der Irrende gegen unbillige Nachtheile, die er durch Verſehen im Proceſſe erlitten hat, reſtituirt wird [d]).

a) Vgl. Keller in dem zum §. 121. Note a) angef. Werke S. 573 — 578., Francke in den Beiträgen ꝛc. Nr. 3. S. 84 — 94. Zimmern in der Rechtsgeſch. B. 3. §. 105., Burchardi i. a. W. §. 21., und von Schröter a. a. O. S. 113 — 116.

b) Das hierher gehörige, in der l. 1. §. 1. u. 6. D. quod falso tutor. auct. gest. esse dic. (XXVII. 6.) uns nur unvollſtändig erhaltene Edict lautete ſo: *Quod eo auctore, qui tutor non fuerit, ... si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem.*“ Mit dieſem Edict ſteht auch das in der l. 7. pr. D. eod. erwähnte in Verbindung, worin gegen den falsus tutor ſelbſt ein Rechtsmittel zugeſichert wird.

c) l. 7. §. 3. in f. D. eod. u. arg. l. 18. D. de interrogat. in jur. (XI. 1.)

d) Sueton. in *Claud.* c. 14. Gaj. IV. §. 53. u. 57. §. 33. I. de action. (IV. 6.) l. 8. §. 2. D. qui satisd. cog. (II. 8.) l. 11. §. 8 — 10. D. de interrogat. in jur. (XI. 1.) l. 13. pr. D. de institor. act. (XIV. 3.) l. 1. §. 17. D. de separat. (XLII. 6.) l. 2. u. l. 11. pr. D. de except. rei judic. (XLIV. 2.) — S. jedoch Gaj. II. §. 163. in f. §. 6. I. de hered. qual. (II. 19.) l. 15. §. 5. D. quod vi aut clam. (XLIII. 24.)

§. 131.

5) Wegen Abweſenheit oder ähnlicher Hinderniſſe der Rechtsverfolgung, und aus der generellen Clauſel [a]).

Tit. D. ex quibus causis majores vigintiquinque annis in integrum restituuntur. (IV. 6.)

Tit. C. quib. ex caus. majores in integr. restit. (II. 54.)

Wegen Abweſenheit war durch ein Edict des Prätor **Publicius** im 6ten Jahrhundert Roms für den Fall eine Reſtitution eingeführt worden [b]), wenn Jemand, während er in Staatsangelegenheiten abweſend wäre, oder in feindlicher Gewalt ſich befände, die Sache eines im Röm. Staate zurückgebliebenen Bürgers uſucapirt hätte [c]). Hier wurde nämlich dem bisherigen Eigenthümer geſtattet, ſeine Sache nach der Rückkunft ihres Beſitzers, demſelben abzufordern, gleich als ob ſie von ihm nicht uſucapirt worden wäre [d]). Die zu dieſem Behuf dem Reſtituirten gewährte **rescissoria actio**, welche nach dem Urheber jenes Edicts auch ſpeciell **Publiciana actio** heißt [e]), war alſo eine utilis vindicatio [f]), und beruhte auf der Fiction, daß die vollendete Uſucapion nicht wirklich vollendet ſey [g]). Es wurde aber das Edict des **Publicius** durch ſpätere Prätoren, unter welchen **Cajus Cassius** namentlich angeführt wird [h]), ſehr erweitert [i]), bis es allmählig die Geſtalt erhielt, in der es, als Grundlage der Reſtitution der Volljährigen, in **Juſtinian's** Digeſten, wenn auch nicht wörtlich getreu [k]), uns überliefert worden iſt. Nach dieſem erweiterten Edict ſoll nämlich derjenige Reſtitution und ein dadurch wieder hergeſtelltes Klagrecht erhalten, welcher entweder dadurch, daß er ſelbſt aus Furcht, oder ohne Argliſt in Staatsangelegenheiten abweſend war, oder in Banden, in der Sclaverei, oder in der Feinde Gewalt ſich befand, oder dadurch, daß der Gegner abweſend oder in Banden war, oder wegen irgend eines in ſeiner Perſon vorhandenen Hinderniſſes nicht belangt werden konnte, und von Niemandem vertreten wurde, oder endlich dadurch, daß die Obrigkeit die Rechtspflege verweigerte oder verzögerte, einen Verluſt erlitten hat, ſey es, daß auf ſolche Art ein Klagrecht durch Zeitablauf erloſchen, oder ſonſt

ein Recht durch Nichtgebrauch verloren gegangen, oder von einem Andern immittelst eine Sache usucapirt worden ist [l]). Hiernach findet also sowohl wegen der eignen Abwesenheit des Verletzten, als auch wegen der Abwesenheit des Gegners, vorausgesetzt, daß dieser von Niemandem vertreten wurde [m]), gegen einen dadurch herbeygeführten Verlust am erworbenen Vermögen die Restitution Statt [n]), und der Abwesenheit stehen in beyden Beziehungen schon nach dem Edicte selbst gewisse andere, darin ausdrücklich aufgeführte, factische Hindernisse der Rechtsverfolgung gleich. Noch weiter ging die Praxis, indem sie die in diesem Edicte zugesicherte Restitution einerseits auch auf Fälle eines verabsäumten Erwerbs oder Gewinnes anwendete [o]), sofern es dabey nur nicht darauf abgesehen ist, sich durch die Strafe oder den Schaden eines Andern zu bereichern [p]), und andererseits auch auf Soldaten im Dienst, auf Wahnsinnige, infantes, und Städte erstreckte [q]). — Aber auch schon dem Edicte selbst war eine allgemeine Clausel beygefügt, worin der Prätor erklärte, auch aus andern Gründen, die ihm rechtmäßig erscheinen würden, Restitution ertheilen zu wollen, insoweit es nach den bestehenden Rechtsvorschriften zulässig wäre [r]). Blos auf andere rechtmäßige Gründe der Abwesenheit darf diese Clausel wohl nicht beschränkt werden, da ja in dem Edicte selbst, dessen Anhang sie bildet, neben der Abwesenheit, wie bereits bemerkt worden, auch noch andere Hindernisse der Rechtsverfolgung erwähnt sind, sondern sie ist vielmehr auf andere rechtmäßige Restitutionsgründe überhaupt, deren Beurtheilung dem Ermessen der Obrigkeit vorbehalten ist, zu beziehen, und in diesem Sinne auch schon von den Röm. Juristen verstanden worden [s]). Indessen kommen alle, unter dieses Edict und die ihr angehängte generelle Clausel gehörigen Fälle darin mit einander überein, daß nur gegen unverschuldete Versäumnisse [t]) rücksichtlich der Geltendmachung und Verfolgung von Rechten, Restitution gewährt wird, mit der Wirkung, daß das durch Versäumniß verloren gegangene oder nicht erworbene Recht vom Restituirten eben so geltend gemacht werden kann, als ob der Verlust nicht eingetreten, oder der Erwerb wirklich gemacht worden wäre [u]).

a) Vgl. Francke in den Beiträgen ꝛc. Nr. 3. S. 68—84., Zimmern in der Rechtsgesch. B. 3. §. 106., Burchardi i. d. W. §. 12. und von Schröter a. a. O. S. 98. fgg.

b) Dieser Restitution gedenkt schon Terent. Phorm. II. 4. v. 9. sqq., und sie ist wohl überhaupt die älteste Restitution. Vgl. Burchardi i. a. W. S. 153. fgg.

c) Zwar kann der, welcher in der Feinde Gewalt sich befindet, da er ja während dieser Zeit der Freyheit und des Bürgerrechts ermangelt, nicht unmittelbar in eigener Person Etwas usucapiren, l. 23. §. 1. D. h. t., wohl aber ist dieß durch die seiner Gewalt bis zur Zeit seiner Gefangenschaft unterworfen gewesenen Personen möglich, wenn nämlich dieselben in Bezug auf das peculium Etwas erworben und in Besitz genommen haben. l. 23. §. 3. D. h. t. l. 15. pr. u. l. 44. §. 7. D. de usurpat. (XLI. 3.) l. 20. D. de captiv. (XLIX. 15.)

d) §. 5. I. de action. (IV. 6.) „. . . . si quis, cum reipublicae causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem ejus, qui in civitate esset, usu ceperit, permittitur domino, si possessor reipublicae causa abesse desierit, tunc intra annum, rescissa usucapione, eam petere, id est ita petere, ut dicat, possessorem usu non cepisse, et ob id suam esse rem. . . . .“

e) l. 57. D. mandat. (XVII. 1.) l. 35. pr. in f. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.)

f) l. 28. §. 5. u. 6. l. 17. pr. l. 20. u. 43. D. h. t. l. 5. C. h. t.

g) §. 5. I. de actionib. (IV. 6.) (S. Note d)). Ueber die andere, von demselben Prätor Publicius eingeführte, und auf der Fiction der vollendeten usucapio beruhende Publiciana actio §. 4. I. eod. u. Gaj. IV. §. 36.

h) l. 26. §. 7. D. h. t.

i) Daß dergleichen Erweiterungen dieses Edicts schon in den letztern Zeiten der Republik vorhanden gewesen seyn müssen, ergiebt sich daraus, daß in der l. 26. §. 4. D. h. t. eine darauf bezügliche Meinung von Servius angeführt wird.

k) Dieß geht z. B. daraus hervor, daß das Wort *posteave*, welches von Ulpian in der l. 15. §. 3. D. h. t. als ein in diesem Edict vorgekommenes angeführt wird, in der hierher gehörigen Digestenstelle (s. Note l)) sich nicht vorfindet.

l) l. 1. §. 1. D. h. t. „Verba autem Edicti talia sunt: *Si cujus quid de bonis, cum is metu, aut sine dolo malo reipublicae causa abesset, inve vinculis, servitute, hostiumque potestate esset, sive cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur; item si quis quid usu suum fecisset, aut quod non utendo amisit,* (Hal.: amissum sit, was durch die l. 21. pr. D. h. t. unterstützt wird,) *consecutus, actioneve qua solutus ob id, quod dies ejus exierit, cum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in jus vocari non lice-*

ret, neque defenderetur; cumve magistratus de ea re appellatus esset, sive cui pro magistratu (Hal.: per magistratus, was nach der l. 26. §. 4. D. h. t. richtiger zu seyn scheint,) *sine dolo ipsius actio exemta esse dicetur; earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit, ... in integrum restituam, ...* "

m) l. 1. §. 1. cit. l. 21. l. 22. pr. l. 23. pr. in f. u. §. 3. D. h. t. Der Mangel eines Vertreters auf Seiten des Verletzten ist in der Regel kein Hinderniß der Restitution. l. 15. pr. l. 26. §. 1. u. 9. u. l. 28. pr. D. h. t. Vgl. Burchardi i. a. W. S. 166. fgg.

n) l. 1. pr. D. h. t. „Hujus Edicti causam nemo non justissimam esse confitebitur; laesum enim jus per id tempus, quo quis reipublicae operam dabat, vel adverso casu laborabat, corrigitur, *nec non et adversus eos succurritur*, ne vel obsit vel prosit, quod evenit." l. 21. pr. u. §. 1. D. h. t.

o) l. 17. §. 1. l. 27. l. 41. u. 43. D. h. t.

p) l. 18. D. h. t.

q) l. 7. l. 23. §. 2. l. 33. §. 2. u. l. 40. pr. D. h. t.

r) l. 1. §. 1. in f. D. h. t. „. . . . *item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam, quod ejus per leges, plebisscita, senatusconsulta, edicta, decreta Principum licebit.*" Daß diese Clausel erst in der Kaiserzeit zum Edict hinzugekommen sey, ergiebt sich aus der Erwähnung der decreta Principum.

s) l. 26. §. 9. D. h. t. „. . . . Haec clausula Edicto inserta est necessario; multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singulatim enumerari potuerunt, ut, *quoties aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum; . . . .*" Doch beziehen sich die unmittelbar darauf folgenden Beyspiele freylich nur auf Abwesende, und in eben dieser Beziehung wird der generalis clausula auch in der l. 26. §. 1. u. in der l. 33. pr. D. h. t. gedacht. Eine andere Anwendung derselben aber kommt z. B. in der l. 1. §. 9. D. de itin. (XLIII. 19.) vor. Ueber andere, hierher gehörige Fälle s. Burchardi i. a. W. S. 164. fgg. u. S. 179. fgg.

t) l. 16. D. h. t. „non enim negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis. . . ."

u) Vgl. Francke a. a. O. S. 68. fgg. u. 77. fgg., u. Burchardi i. a. W. S. 159. fgg. u. 191. fgg.

Besonderer Theil.

Erstes Buch.

Sachenrecht.

§. 132.

Uebersicht der dinglichen Rechte[a]).

Ueber die Natur der dinglichen oder sachlichen Rechte überhaupt vgl. die Einleitung §. 16. Nr. 2. — Die einzelnen, im Röm. Rechte vorkommenden Arten der dinglichen Rechte, aus denen eine in rem actio (§. 104.) entspringt, lassen sich in Ansehung ihres Gegenstandes und Umfanges auf zwey Classen zurückführen. Sie sind nämlich entweder solche, welche sich nur auf einzelne Sachen, oder gewisse Bestandtheile des Vermögens als Einzelnheiten betrachtet, beziehen, und daher auch, sofern sie auf den Erwerber von einem Andern übergehen, nur mit einer Singularsuccession verbunden sind, oder aber solche, welche die Gesammtheit eines Vermögens, als Ein Ganzes betrachtet, (universitas, universum dominium, universum jus[b]),) zum Gegenstand haben, und daher auch nur durch eine per universitatem successio begründet werden können. (§. 93.) Zur erstern Classe der dinglichen Rechte gehören folgende fünf: Das Eigenthum (dominium im eigentlichen oder engern Sinne)[c]), die emphyteusis[d]), die superficies[e]), das Dienstbarkeitsrecht (servitus)[f]), und das Pfandrecht (pignus)[g]). Unter diesen fünf Rechten ist das Eigenthum nicht nur an und für sich betrachtet, das umfassendste und vollständigste, sondern auch die Grundlage der übrigen; denn die vier andern dinglichen Rechte (welche unter dem gemeinschaftlichen Namen: *jura in re*, oder auch jura schlechthin, dem dominium im engern Sinne entgegengesetzt werden, §. 89. Note[b]),) beziehen sich immer auf

eine fremde Sache, und enthalten mehr oder weniger Beschränkungen des Eigenthumsrechts [h]). Dem Letztern kommen am nächsten die emphyteusis und superficies [i]); weßhalb es auch zweckmäßiger erscheint, diese beyden Rechte, obgleich sie sich später entwickelt haben, als die Servituten und das Pfandrecht, doch im Systeme unmittelbar an das Eigenthum anzuschließen [k]). — Von der zweiten Classe der dinglichen Rechte ist das hauptsächlichste Beyspiel das Erbrecht (hereditas) [l]); doch sind der Erbfolge auch einige andere Universalsuccessionen analog nachgebildet [m]). Da nun aber mit der Erbschaft nicht blos die dinglichen Rechte des Verstorbenen, sondern auch dessen Forderungsrechte und Schulden auf den Erben übergehen, und da ferner der Begriff der hereditas, auch ohne das Vorhandenseyn irgend einer körperlichen Sache, blos bey Rechten und Verbindlichkeiten des Erblassers Statt findet [n]), so stellt es sich, wie bereits im §. 3. z. E. und §. 4. bemerkt worden, für die systematische Anordnung der Lehren als nothwendig dar, das Erbrecht von den übrigen dinglichen Rechten zu trennen, und es nebst den andern Successionsarten auf den Todesfall, und den der Erbfolge analog nachgebildeten Universalsuccessionen, in einer eigenen Abtheilung zu behandeln. — Was endlich den Besitz (possessio) anlangt, so ist er zwar in seiner ursprünglichen Bedeutung ein blos factisches Verhältniß (§. 133.), und auch, wenn die Voraussetzungen vorhanden sind, unter denen er den Charakter eines Rechts annimmt, d. h. gewisse rechtliche Wirkungen hervorbringt, ist er doch nicht ein dingliches Recht in dem gewöhnlich angenommenen Sinne, d. h. ein mit einer in rem actio verbundenes Recht [o]), da die possessorischen Rechtsmittel (interdicta) ihrem Wesen nach persönliche sind (§. 122. Note [l])); doch hat er mit dem dinglichen Rechte das gemein, daß er sich auf eine Sache, und zwar unmittelbar, d. h. unabhängig von einer obligatio, bezieht. Sonach gehört der Besitz in Ansehung des Gegenstandes in das Sachenrecht, und da er für einzelne dingliche Rechte die factische Grundlage bildet, auch unter gewissen Voraussetzungen zum Erwerb mancher dinglichen Rechte selbst führt [p]), so scheint es am angemessensten, die Lehre vom Besitz der Erörterung der einzelnen dinglichen Rechte vorausgehen zu lassen [q]).

a) Ueber die auf den Begriff und die Natur des dinglichen Rechts überhaupt bezügliche Literatur s. Mühlenbruch's Lehrb. d. Pand. Th. 1. §. 79. Note*), und über die Streitfrage insbesondere, wie viele Arten des dinglichen Rechts nach dem Röm. Rechte anzunehmen seyen? Glück's Erläut. d. Pand. Th. 2. §. 178., Thibaut's Versuche ꝛc. B. 2. S. 45. fgg. und von Savigny's Recht des Besitzes, S. 35. fgg.

b) l. 20. §. 10. D. de hered. petit. (V. 3.) l. 24. u. l. 70. §. 1. D. de verb. signif. (L. 16.) u. l. 62. D. de regul. jur. (L. 17.)

c) Gaj. IV. §. 3. §. 1. I. de action. (IV. 6.) l. 25. pr. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) l. 23. pr. D. de rei vindic. (VI. 1.)

d) l. 1. §. 1. D. si ager vectigal. pet. (VI. 3.)

e) l. 1. §. 1. u. 3. D. de superficieb. (XLIII. 18.)

f) Gaj. IV. §. 3. §. 2. I. de action. (IV. 6.) l. 5. §. 1. D. si ususfr. pet. (VII. 6.) l. 2. pr. D. si servit. vind. (VIII. 5.)

g) §. 7. I. de action. l. 18. C. de pignor. (VIII. 14.) Zwar kann das Pfandrecht auch über das ganze Vermögen des Schuldners oder Verpfänders sich erstrecken, l. 1. pr. l. 15. §. 1. u. l. 34. §. 2. D. eod. (XX. 1.) l. 9. C. quae res pign. oblig. poss. (VIII. 17.); doch ist es auch in diesem Falle nicht mit einer Universalsuccession verbunden, da der Verpfänder dadurch sein Eigenthumsrecht an den verpfändeten Sachen nicht aufgiebt, und überhaupt als selbstständiges und erwerbfähiges Subject zu existiren fortfährt. Uebrigens gehört das Pfandrecht in dem Falle gar nicht zu den dinglichen Rechten, wenn blos ein Forderungsrecht verpfändet worden ist. l. 4. C. eod.

h) Die gewöhnliche Ansicht, daß alle jura in re sich als einzelne, vom Eigenthume abgelößte Bestandtheile desselben darstellten, bekämpft Büchel in den civilrechtl. Erört. Nr. 3. (Ueber jura in re ꝛc.) S. 4. fgg., und will sie nur in Bezug auf Servituten gelten lassen.

i) Daher hielt man ehedem diese beyden Rechte gewöhnlich für Arten des Eigenthums, und bezeichnete sie mit dem Ausdruck: dominium utile; was aber auf einem Irrthum beruht. Vgl. Thibaut's Versuche ꝛc. B. 2. Nr. 3. und Desselben Civil. Abhandl. Nr. 11.

k) Vgl. von Buchholtz Versuche ꝛc. S. 163.

l) l. 9. l. 18. §. 2. l. 25. §. 18. u. l. 49. D. de hered. petit. (V. 3.)

m) Gaj. II. §. 97. u. 98. III. §. 77 — 84. u. IV. §. 34. u. 35. — §. 6. I. per quas pers. nob. acquir. (II. 9.) Titt. I. de acquis. per arrogat. (III. 10. od. 11.), de eo, cui libert. caus. bon. addic. (III. 11. od. 12.), u. de success. sublat. (III. 12. od. 13.)

n) l. 50. pr. D. de hered. petit. (V. 3.) u. l. 119. D. de verb. signif. (L. 16.)

o) Nur mit dem aus einem rechtmäßigen Grunde überkommenen Besitz des bonae fidei possessor ist eine dingliche Klage, nämlich die auf der Fiction der vollendeten Usucapion beruhende Publiciana actio (§. 131.

Note g)) verbunden, l. 1. pr. u. l. 3. §. 1. D. de Public. in rem act. (VI. 2.); aber eben durch dieſe Fiction iſt ein ſolcher Beſitz und die darauf gegründete Klage in das Gebiet des Eigenthums hinübergezogen worden. l. 7. §. 6. D. eod. „Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit.“

p) Dieß gilt namentlich theils von dem zur Erſitzung ſich eignenden Beſitz, theils von den Fällen, wo mit dem Beſitz und durch ihn zugleich auch Eigenthum erworben wird. §. 5. I. per quas pers. nob. acquir. (II. 9.) l. 20. §. 2. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) l. 8. C. de acquir. possess. (VII. 32.) Vgl. auch l. 1. §. 1. D. eod. (XLI. 2.) „Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait, ...“

q) Ueber die beſtrittenen Fragen: ob der Beſitz ein eigenes oder ſelbſtſtändiges Recht ſey, und zu welcher Claſſe von Rechten er gehöre? vgl. von Savigny i. a. W. §. 5. u. 6., und Mühlenbruch in der Ceſſion S. 5. fgg. Note 8), und im Lehrb. d. Pand. Th. 2. §. 233. Note 7) nebſt der daſelbſt angeführten Literatur.

Erſter Abſchnitt.

Vom Beſitze.

Tit. D. de acquirenda vel amittenda possessione. (XLI. 2.)

Tit. C. de acquirenda et retinenda possessione. (VII. 32.)

Das Hauptwerk hierüber iſt: von Savigny Das Recht des Beſitzes. Gießen 1803. 5te Aufl. 1827. In der Einleitung dieſes Werks S. 15 — 48. iſt auch eine Ueberſicht der hierher gehörigen Literatur nebſt beurtheilenden Bemerkungen gegeben. — Ueber einige neuere Abhandl. ſ. Mackeldey's Lehrb. ꝛc. B. 2. S. 8. z. E. u. 9. Beyzufügen ſind noch: von Thaden Allgem. Unterſuchungen über den Begriff des röm. Interdictenbeſitzes ꝛc. Hamb. 1833., und Huſchke Zwei Abhandl. aus dem Gebiete der Alterthumswiſſenſch. und Rechtsgeſch. Heidelb. 1835. Abh. 2. S. 75. fgg.

§. 133.

Begriff und Natur des Beſitzes.

Beſitz (possessio) bezeichnet im urſprünglichen Sinne das Innehaben einer Sache [a]), oder auch die Nutzung derſelben [b]). In dieſer urſprünglichen Bedeutung iſt der Beſitz ein bloßes factum, d. h. ein blos natürliches oder nicht juriſtiſches Ver-

hältniß eines Menschen zu einer Sache, welches dem Eigenthume, als dem Rechte an der Sache, correspondirt, und sich zu ihm verhält, wie die physische Möglichkeit der Einwirkung auf eine Sache zu der rechtlichen [c]). Indessen können auch schon mit diesem blos factischen Zustande zufällig, d. h. wegen besonderer Umstände, gewisse rechtliche Folgen in Verbindung treten, die auf der Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze beruhen [d]). Nun kann aber auch der Besitz an und für sich, und also unabhängig vom Eigenthume, ein juristisches Verhältniß, und, als solches, die Quelle eigener Rechte werden; worauf sich der Ausdruck *jus possessionis* bezieht [e]). Dazu ist erforderlich, daß der Inhaber einer Sache die Absicht habe, dieselbe als sein Eigenthum zu besitzen (affectio tenendi oder possidendi affectus oder animus [f]), bey Theophilus *ψυχὴ δεσπόζοντος*, bey den Neuern gewöhnlich animus domini, oder rem sibi habendi oder affectio dominii genannt). Demnach ist der Besitz in der juristischen Bedeutung: das Innehaben einer Sache, verbunden mit dem Willen, sie für sich zu haben, oder als sein Eigenthum zu behandeln [g]), gleichviel übrigens, ob ein rechtmäßiger Grund dazu vorhanden ist, oder nicht [h]). Ist also die Absicht des Inhabers einer Sache nur darauf gerichtet, sie als die Sache eines Andern zu besitzen, oder fremdes Eigenthum daran auszuüben, wie dieß z. B. beym Depositar, Commodatar, Pachter, Usufructuar u. s. w. der Fall ist, so hat er keinen juristischen Besitz; vielmehr gilt hier der Andere, in dessen Namen der Besitz ausgeübt wird, für den juristischen Besitzer [i]). Indessen wird bisweilen Ausnahmsweise Jemand, obschon er nach der Natur des Rechtsverhältnisses, in welchem er steht, nicht die Absicht haben kann, die in seiner Detention befindliche fremde Sache als sein Eigenthum zu besitzen, doch als juristischer Besitzer um deßwillen betrachtet, weil er mit der Detention zugleich auch das jus possessionis von dem bisherigen Besitzer übertragen bekommen hat [k]), z. B. als Faustpfandgläubiger [l]), als Emphyteuta [m]), und in einigen andern Fällen [n]). — Aus der bisherigen Darstellung ergiebt sich also, daß der juristische Besitz in der Regel ein factum und ein Recht zugleich ist [o]); ein factum nämlich, insofern er auf dem natürlichen Verhältnisse der Detention beruht [p]), ein Recht aber, insofern an das Daseyn jenes factischen Verhältnisses, verbunden mit dem possi-

dendi affectus, unmittelbar gewiſſe rechtliche Wirkungen (§. 134.) geknüpft ſind [q]). Immer aber bleibt der Beſitz, auch als juriſtiſches Verhältniß betrachtet, weſentlich vom Eigenthum verſchieden [r]). Daher kann man den juriſtiſchen Beſitz einer Sache haben, ohne Eigenthümer derſelben zu ſeyn, und umgekehrt das Eigenthum ohne den Beſitz der Sache [s]), und ſelbſt wenn beyde Rechtsverhältniſſe in der nämlichen Perſon zuſammentreffen, zeigt ſich doch noch ihr practiſcher Unterſchied in den aus ihnen entſpringenden Rechtsmitteln [t]).

a) l. 1. pr. D. h. t. „*Possessio* appellata est .... a sedibus (nach einer andern Lesart: a pedibus), quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit; quam Graeci *κατοχήν* (detentionem) dicunt.“ Theophil. IV. 15. pr. „.... *νομὴ μέν ἐστι, σωματικοῦ πράγματος κατοχή.*“ (*possessio* est, rei corporalis detentio).

b) Festus v. *possessio:* „*Possessio* est, ut definit Gallus Aelius, usus quidam agri aut aedificii, ...“ (Ueber dieſe Stelle vgl. Huſchke a. a. O. S. 93. fgg.) l. 115. D. de verb. signif. (L. 16.) „.... Possessio ab agro juris proprietate distat; quidquid enim apprehendimus, cujus proprietas ad nos non pertinet, aut nec potest pertinere, hoc possessionem appellamus; *possessio ergo usus*, ager proprietas loci est. ....“

c) Vgl. von Savigny i. a. W. §. 1.

d) Z. B. das Retentionsrecht, vermöge der hier anwendbaren allgemeinen exceptio doli (§. 95. Note f) — i)), desgleichen das Recht, ſeinen Beſitz gegen widerrechtliche Angriffe mit Gewalt zu vertheidigen, vermöge des allgemeinen Rechts zur Nothwehr (§. 100. Note p) — s)).

e) Dieſer Ausdruck kommt vor in der l. 44. pr. D. h. t., l. 2. §. 38. D. ne quid in loc. publ. (XLIII. 8.) l. 5. §. 1. D. ad leg. Jul. de vi publ. (XLVIII. 6.), a. u. in der l. 5. C. de liber. caus. (VII. 16.) Damit iſt nicht zu verwechſeln das ſog. jus possidendi, d. h. das Recht zu beſitzen, oder auf den Beſitz einer Sache, als welches immer nur die Folge eines andern Rechts iſt; doch wird auch in dieſem Sinne jus possessionis gebraucht in der l. 10. C. h. t.

f) l. 1. §. 3. l. 3. §. 3. D. h. t. l. 41. D. de reb. cred. (XII. 1.) Vgl. auch l. 3. §. 1. u. l. 41. D. h. t.

g) Theophil. II. 9. §. 4. „.... *νομὴ δέ ἐστι, τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος νέμεσθαι* ....“ (*possessio* autem est, animo domini detinere), und III. 29. §. 2. „.... *νέμεσθαι δέ, τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν* ....“ (*possidere* autem, animo domini detinere). Vgl. von Savigny i. a. W. §. 9.

h) l. 8. §. 5. D. h. t. „.... in summa possessionis non multum interest, juste quis, an injuste possideat; ....“

i) l. 18. pr. D. h. t. „. . . . nec idem est, *possidere*, et *alieno nomine possidere*; nam possidet, cujus nomine possidetur; . . . . .“ l. 9. l. 12. pr. l. 30. §. 6. D. h. t. l. 9. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 1. §. 22. D. de vi (XLIII. 16.) Theophil. II. 9. §. 4.

k) Einen ſolchen Beſitz nennt von Savigny i. a. W. S. 104. fgg. einen abgeleiteten, weil er ſich auf den urſprünglichen Beſitz einer andern Perſon gründet. Die Statthaftigkeit dieſes Begriffs beſtreitet von Schröter in der Zeitſch. für Civilr. und Proz. B. 2. Nr. 7., indem er behauptet, daß die possessio überall, alſo auch in den Fällen des ſog. abgeleiteten Beſitzes, auf wahrem animus domini beruhe; was jedoch m. d. l. 13. §. 1. D. de Public. in rem act. (VI. 2.) u. l. 22. §. 1. D. de noxal. act. (IX. 4.) ſchwerlich vereinbar ſeyn möchte. Andere, welche ebenfalls den abgeleiteten Beſitz verwerfen, nehmen den zum juriſtiſchen Beſitz erforderlichen possidendi affectus in einer weitern Bedeutung, nämlich für die Abſicht, in irgend einem rechtlichen Verhältniſſe zu der detinirten Sache zu ſtehen. S. dagegen Büchel in den Civilrechtl. Erört. Nr. 2. (Ueber die Natur des Pfandrechts,) S. 45. fgg.

l) l. 1. §. 15. D. h. t. l. 16. D. de usurpat. (XLI. 3.)

m) l. 25. §. 1. D. de usur. (XXII. 1.)

n) Vgl. von Savigny i. a. W. §. 24. u. 25. S. auch §. 137. Note e).

o) Derſelbe i. a. W. §. 5.

p) l. 19. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.) „. . . . . possessio . . . . plurimum facti habet, ...“ l. 1. §. 3. D. h. t. „. . . . eam . . . . rem facti, non juris esse; . . . .“

q) l. 49. pr. D. h. t. „. . . . . cum . . . . plurimum ex jure possessio mutuetur.“ l. 49. §. 1. D. eod. „. . . . possessio non tantum corporis, sed et juris est.“

r) l. 12. §. 1. D. h. t. „Nihil commune habet proprietas cum possessione; . . . .“ l. 52. pr. D. h. t. „. . . . . nec possessio et proprietas misceri debent; . . . .“ l. 1. §. 2. D. uti possid. (XLIII. 17.)

s) l. 17. §. 1. D. h. t.

t) l. 12. §. 1. D. h. t.

Zuſatz. Die Worte *possessio*, *possidere* und *possessor* werden in unſern Quellen bisweilen auch in uneigentlichen Bedeutungen gebraucht, und zwar bald von dem factiſchen Zuſtand der Ausübung irgend eines Rechts oder einer Freyheit, l. 14. D. de probat. (XXII. 3.) l. 10. u. 28. D. de liberal. caus. (XL. 12.) l. 2. §. 3. D. de precar. (XLIII. 26.), bald von einem dinglichen Rechte, welches nicht nach ſtrengem Civilrecht, ſondern nur nach dem prätoriſchen Recht, oder dem durch daſſelbe beſtätigten jus gentium gültig iſt, z. B. bonorum possessio, possessio ususfructus u. dgl. l. 3. D. si usufr. pet. (VII. 6.) l. 3. §. 1. D. de bonor. possess. (XXXVII. 1.) l. 7. pr. l. 15. §. 16. u. 17. u. l. 18. §. 15. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) l. 3. §. 23. in f. D. h. t., (obwohl in der l. 2. Th. C. de matern. bon.

[VIII. 18.] possessio, und zwar *dominium possessionis* für einen civilrechtlichen ususfructus vorkommt,) bald für die Ersitzung (usucapio), weil dieſe nämlich auf dem fortgeſetzten Beſitze beruht, l. 19. u. 30. pr. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.), bald für das Eigenthum ſelbſt, l. 78. D. de verb. signif. (L. 16.), (weßhalb auch possessor bisweilen der Eigenthümer heißt, l. 15. pr. u. §. 1. D. qui satisdar. cog. [II. 8.],) ingleichen für den Gegenſtand des Eigenthums, ſofern er in einem Grundſtücke beſteht, (wie im Deutſchen das Wort: Beſitzung,) l. 38. pr. D. de minor. (IV. 4.) l. 5. §. 10 — 12. D. de reb. eor., qui sub tutel. (XXVII. 9.) (weßhalb bisweilen auch *possidere* und *possessor* ſchlechthin auf den Beſitz von Grundſtücken bezogen wird, z. B. l. 7. D. de incend. [XLVII. 9.] l. 1. D. de decret. ab ord. fac. [L. 9.]). Dieſe Bedeutung hebt namentlich Feſtus v. *Possessiones* hervor: „*Possessiones* appellantur agri late patentes, publici privatique; . . . .“ desgleichen Isid. Or. XV. 13. (über welche Stellen vgl. Huſchke a. a. O. S. 75. fgg.) Wenn nun gleichwohl Gallus Aellus bey Feſt. v. *Possessio* bemerkt, daß dieſes Wort nicht das Grundſtück ſelbſt bedeute, („*Possessio* est . . , non ipse fundus aut ager,“) ſo will er wohl nur darauf aufmerkſam machen, daß dieß nicht die urſprüngliche und eigentliche Bedeutung ſey. Vgl. Huſchke a. a. O. S. 94. — In proceſſualiſcher Hinſicht wird mit dem Worte *possessor* nicht nur bey dinglichen Klagen (da dieſe in der Regel gegen den Beſitzer Statt finden, §. 104. Note h) u. i),) der Beklagte bezeichnet, §. 1. I. de action. (IV. 6.) §. 2. I. de offic. jud. (IV. 17.) l. 62. D. de judic. (V. 1.) l. 10. §. 4. u. 7. l. 19. §. 1. l. 22. l. 34. §. 1. u. l. 35. D. de hered. petit. (V. 3.) l. 27. §. 1. 2. u. 5. l. 35. §. 1. u. 2. D. de rei vindic. (VI. 1.), ſondern auch überhaupt der, welcher in Folge des bisherigen Beſitzſtandes vom Beweiſe des in Frage ſtehenden Rechts frey iſt, als welches vom petitor geführt werden muß. l. 6. §. 1. u. l. 8. §. 3. D. si ervit. vind. (VIII. 5.) l. 7. §. 5. u. l. 12. §. 3. D. de liber. caus. (XL. 12.) Vgl. übrigens von Savigny i. a. W. S. 84. fgg.

§. 134.

Wirkungen des juriſtiſchen Beſitzes. — Hiſtoriſche Entſtehung deſſelben.

Mit dem juriſtiſchen Beſitz ſind folgende zwey Wirkungen, als eigenthümliche Beſitzesrechte, verbunden: 1) Das Recht zu den Interdicten, als den Schutzmitteln des Beſitzes (§. 122. Note e), u. 123. Nr. 2). 2) Das Recht zur Erſitzung (usucapio), d. h. durch fortgeſetzten Beſitz das Eigenthum ſelbſt an der Sache zu erwerben [a]). — Das Recht zu den Interdicten findet bey einem jeden Beſitze im juriſtiſchen Sinne Statt,

ſelbſt bey dem unrechtmäßig erworbenen [b]); wovon der Grund darin liegt, weil zur Anſtellung eines poſſeſſoriſchen Interdicts allemal eine ſolche Handlung eines Andern vorausgeſetzt wird, welche ſchon an ſich durch ihre Form unrechtlich iſt, z. B. gewaltſame Störung im Beſitz, oder eigenmächtige Entziehung deſſelben, nun aber eine ſolche Handlung in einer rechtlichen Ordnung der Dinge nicht geduldet werden kann, vielmehr durch ein mit dem Beſitz verbundenes Schutzmittel, alſo ein Interdict, aufgehoben werden ſoll [c]). — Das mit dem Beſitz verbundene Recht zur Uſucapion ſetzt noch einige Beſtimmungen oder Eigenſchaften des Beſitzes mehr voraus, als das Recht zu den Interdicten. Denn um zur Uſucapion geeignet zu ſeyn, muß ſich der Beſitz auf bona fides, und eine justa causa (oder einen justus titulus) gründen, und auf eine uſucapionsfähige Sache beziehen [d]). Hieraus folgt, daß zwar ein Jeder, welcher ſich im Uſucapionsbeſitz einer Sache befindet, in der Regel auch von den Interdicten in Bezug auf dieſelbe Sache Gebrauch machen kann, er müßte denn das Recht dazu zugleich mit der Detention auf einen Andern übertragen haben, z. B. auf den Pfandgläubiger [e]); daß dagegen nicht umgekehrt ein Jeder, welcher die poſſeſſoriſchen Interdicte gebrauchen kann, auch zur Uſucapion der in ſeinem Beſitz befindlichen Sache berechtiget iſt [f]). — Was die hiſtoriſche Entſtehung des Interdicten-Beſitzes, oder der eigenthümlichen poſſeſſoriſchen Rechtsmittel anlangt, ſo iſt ſie wahrſcheinlich aus den Verhältniſſen abzuleiten, welche in den Zeiten der Republik am ager publicus (Gemeinland) Statt fanden [g]). Dieſer war nämlich zwar im Eigenthum des Staats im Ganzen, wurde aber großentheils an einzelne Bürger (und zwar an Patricier) zum Beſitz und Genuß überlaſſen, doch ſo, daß die Republik das Recht behielt, ihn wieder einzuziehen [h]). Da nun alſo Einzelne am ager publicus kein Eigenthum haben konnten, ſo konnten ſie auch im Fall einer Beeinträchtigung ihres Rechts an demſelben die Eigenthumsklage nicht geltend machen. Gleichwohl war für ſie ein Schutz gegen willkührliche Störung nöthig; und ſo ſcheint hierin die erſte Veranlaſſung gelegen zu haben, eigene poſſeſſoriſche Rechtsmittel in der Form und unter dem Namen der interdicta einzuführen. Späterhin wurde dieſes Rechtsverhältniß in das prätoriſche Edict aufgenommen, und in der Anwen-

dung erweitert. Denn nachdem ſich der Interdicten-Beſitz einmal für den ager publicus ausgebildet hatte, wurde er in der Folge auch auf den ager privatus, und andere des Privateigenthums fähige Gegenſtände angewendet.

a) Ulp. XIX. §. 8. l. 3. u. 25. D. de usurpat. (XLI. 3.) Eben ſo, wie bey der usucapio, iſt auch bey der zu ihrer Ergänzung und Erweiterung eingeführten longi temporis praescriptio (§. 98. Note g)), ingleichen bey der praescriptio XXX. oder XL. annorum, inſofern dieſe die Natur und Wirkung einer erwerbenden Verjährung hat (§. 98. Note n)), der Beſitz der Grund und die Bedingung des Eigenthumserwerbs. Vgl. von Savigny i. a. W. S. 6. fgg. Gegen die gewöhnliche Meinung aber, als ob außer den Interdicten und der Uſucapion, auch noch mehrere andere Rechte für Wirkungen des juriſtiſchen Beſitzes an ſich gelten könnten, vgl. Denſelben i. a. W. §. 3. u. 4.

b) §. 6. I. de interdict. (IV. 15.) l. 1. §. 9. u. l. 2. D. uti possidet. (XLIII. 17.) l. 53. D. h. t.

c) arg. l. 1. §. 2. quod vi aut clam (XLIII. 24.) l. 7. D. ad leg. Jul. de vi priv. (XLVIII. 7.) l. 11. C. unde vi (VIII. 4.) Vgl. von Savigny i. a. W. S. 7. fgg. und Rudorff in der Zeitſch. für geſchichtl. Rechtsw. B. 7. S. 90. fgg.

d) pr. — §. 2. u. §. 9. u. 10. I. de usucap. (II. 6.) l. 2. §. 1. l. 6. §. 1. u. l. 7. §. 5. D. pro emt. (XLI. 4.) l. 24. C. de rei vindic. (III. 32.)

e) l. 16. D. de usurpat. (XLI. 3.)

f) Vgl. von Savigny i. a. W. S. 41. fgg. u. 70. fgg.

g) Vgl. Niebuhr's Röm. Geſchichte Th. 2. S. 161. fgg. (der 2ten Ausg.), von Savigny i. a. W. §. 12.a u. Huſchke a. a. O. S. 77. fgg. — And. Mein. iſt jedoch mit Rauh Verſ. einer Geſchichte der Lehre vom Beſitz, (Landau 1834.) Thibaut im Archiv f. die Civil. Prax. B. 18. S. 331. Note 26).

h) Daher waren die Worte: *possessio*, *possessor* und *possidere* die eigenthümlichen Kunſtausdrücke für den Beſitz und Genuß des ager publicus. Vgl. Niebuhr i. a. W. S. 161. u. 162. Note 297. von Savigny i. a. W. S. 175. fgg. Hieraus laſſen ſich auch manche andere Bedeutungen von possessio, insbeſondere die zweite von den im Zuſatz zum vorigen §. angegebenen, erklären. Vgl. von Savigny i. a. W. S. 176. fgg.

§. 135.

Bezeichnung der verschiedenen Arten des Besitzes hinsichtlich der Wirkungen [a]).

Für die bisher (§. 133. u. 134.) erörterten, verschiedenen Arten des Besitzes kommen im Röm. Rechte mancherley Ausdrücke vor, die jedoch meistens keinen fest begrenzten Sinn haben, sondern in verschiedenen Bedeutungen gebraucht werden. So werden die Worte *possidere* und *possessio* ohne weitern Zusatz, bisweilen auf das blos natürliche Verhältniß der Detention (welches jedoch gewöhnlich durch andere Ausdrücke bezeichnet wird, z. B. in possessione esse, tenere, corporaliter oder naturaliter tenere, [b]),) bezogen [c]), häufiger aber im technischen Sinne genommen für einen juristischen Besitz, und zwar bald für den Interdictenbesitz [d]), bald auch für den Usucapionsbesitz [e]). Doch wird der Letztere auch speciell so bezeichnet: *ad usucapionem possidere* [f]). Unbestimmter sind die Ausdrücke: *possessio civilis*, (welcher überhaupt nur einmal vorkommt [g]), und daher nicht füglich für einen eigentlichen Kunstausdruck angesehen werden kann,) ingleichen *civiliter possidere* oder *incumbere possessioni*, und *jure civili possidere*. Dem Wortsinne nach bezeichnen diese Ausdrücke überhaupt einen mit den Grundsätzen des Civilrechts (welches sowohl das honorarische Recht als das Civilrecht im engern Sinne seyn kann, §. 9. Zus. 4.) übereinstimmenden Besitz [h]). Dieß kann nun eben sowohl auf den civilrechtlichen Grund des Besitzes gehen [i]), als auf die Wirkungen, und im letztern Falle wiederum entweder auf die Wirkung der Usucapion [k]) oder auch blos auf die Wirkung der Interdicte [l]); wie denn auch die negativen Redensarten: *civiliter* oder *civili jure non possidere*, so gebraucht werden, daß sie nicht nur die Wirkung der Usucapion, sondern überhaupt alle Wirksamkeit des Besitzes nach Grundsätzen des Civilrechts, mithin überhaupt das Vorhandenseyn des juristischen Besitzes verneinen [m]). Endlich kommen auch die Ausdrücke: *naturalis possessio* (a. u.) und *naturaliter possidere* (oder *natur. incumbere possessioni*), in verschiedenen Bedeutungen und Gegensätzen vor. Im Allgemeinen bezeichnen sie jeden Besitz nach seinem ursprünglichen Begriffe, insofern er nämlich

auf der natürlichen Grundlage der Detention beruht [n]), und werden daher zuweilen auch bey'm juriſtiſchen Beſitze gebraucht, um die in demſelben enthaltene körperliche Detention auszudrücken [o]). Häufiger aber werden ſie dem juriſtiſchen Beſitz entgegengeſetzt, und zwar bald der possessio ſchlechthin, bald dem civiliter possidere oder ähnlichen Ausdrücken, und bezeichnen dann einen blos natürlichen Beſitz, deſſen Beſchaffenheit durch den Gegenſatz beſtimmt wird, d. h. welcher nicht von der Art iſt, wie der entgegengeſetzte, alſo entweder kein Interdictenbeſitz, oder wenigſtens kein Uſucapionsbeſitz [p]).

a) Ueber die hierher gehörige Terminologie ſind die Anſichten ſchon von der Zeit der Gloſſatoren an ſehr verſchieden geweſen, und dieſe Meinungsverſchiedenheit iſt in den neueſten Zeiten wiederum ſehr lebhaft hervorgetreten. Vgl. z. B. von Savigny i. a. W. §. 7. u. Deſſen Kritik der frühern Meinung i. a. W. §. 10.; gegen die Savignyſche Anſicht: Johannſen Begriffs-Beſtimmungen aus dem Gebiete des Civilr. Hft. 1. (Heidelb. 1831.) und Wiederhold Das interd. uti possidet. (Hanau, 1832.); für dieſelbe: Thon im Rhein. Muſ. Jahrg. 4. S. 95. fgg.; und wiederum dagegen: Thibaut im Archiv f. d. Civil. Prax. B. 18. Nr. 13.

b) Z. B. l. 10. §. 1. l. 24. u. l. 49. §. 1. D. h. t. l. 38. §. 8. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) Theophil. III. 29. §. 2. — Doch kommt die Redensart: *in possessione esse*, bisweilen auch bey dem juriſtiſchen Beſitze vor, z. B. §. 5. I. de interd. (IV. 15.) l. 2. C. h. t.

c) Z. B. l. 1. pr. D. h. t. l. 9. D. de rei vindic. (VI. 1.)

d) l. 3. §. 3. l. 10. §. 1. l. 12. §. 1. l. 24. u. l. 49. §. 1. D. h. t. l. 1. §. 2. D. pro donat. (XLI. 6.)

e) l. 3. §. 33. in f. D. h. t. l. 7. pr. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) vergl. mit l. 15. §. 16. 17. 26. u. 27. D. eod. l. 30. §. 1. in f. D. de usurpat. (XLI. 3.) l. 2. pr. D. pro herede (XLI. 5.) §. 8. in f. I. per quas pers. nob. acquir. (II. 9.).

f) l. 16. D. de usurpat. (XLI. 3.) l. 1. §. 15. D. h. t.

g) l. 2. §. 1. D. pro hered. (XLI. 5.)

h) Vgl. Unterholzner in der Tüb. Krit. Zeitſch. B. 4. S. 367. fgg.

i) Z. B. in der l. 26. pr. D. de donat. inter vir. et uxor. (XXIV. 1.) vergl. mit l. 1. D. eod. u. l. 1. §. 4. D. h. t.

k) l. 3. §. 15. D. ad exhibend. (X. 4.) vergl. mit l. 16. D. de usurpat. (XLI. 3.) — l. 1. §. 9. u. 10. D. de vi (XLIII. 16.) vergl. mit l. 1. §. 4. D. h. t. — Auf den Uſucapionsbeſitz allein bezieht von Savigny a. a. O. den Begriff der possessio civilis.

l) l. 2. §. 1. D. pro hered. (XLI. 5.) vergl. mit l. 33. §. 1. in f. D. de usurpat. (XLI. 3.) u. l. 3. §. 20. D. h. t. — Auf den Interdictenbesitz allein will Thibaut a. a. O. die possessio civilis beschränkt wissen.

m) l. 24. D. h. t. l. 38. §. 7. u. 8. D. de verb. oblig. (XLV. 1.) — l. 7. §. 1. D. ad exhib. (X. 4.)

n) l. 1. §. 1. u. l. 12. pr. D. h. t. l. 2. §. 2. D. pro hered. (XLI. 5.)

o) l. 3. §. 13. D. h. t. l. 38. §. 10. D. de usur. (XXII. 1.)

p) l. 3. §. 3. D. h. t. l. 3. §. 15. D. ad exhib. (X. 4.) l. 2. §. 1. D. pro hered. (XLI. 5.) l. 1. §. 9. D. de vi. (XLIII. 16.) l. 38. §. 7. D. de verb. obligat. (XLV. 1.)

§. 136.

Andere Eintheilungen des Besitzes.

1) Je nachdem der Besitz auf einem rechtmäßigen oder einem widerrechtlichen Grunde beruht, ist er eine *justa* oder eine *injusta possessio* (s. a. u.) [a], welche letztere Art auch *viliosa* oder *improba poss.* heißt [b]. Auf diese beziehen sich also die vitia possessionum [c], welche darin bestehen, daß man entweder vi, oder clam, oder precario besitzt [d]. *Vi* besitzt nämlich der, welcher durch eine gewaltsame Handlung den Besitz erlangt hat [e], *clam* der, welcher mit absichtlicher Verheimlichung gegen den, von welchem er Widerspruch zu befürchten hatte, in den Besitz gekommen ist [f], und *precario* der, welcher bittweise oder vergünstigungsweise, bis auf beliebigen Widerruf, den Besitz gestattet erhalten hat [g]. Indessen ist der bittweise erlangte Besitz (precaria possessio) vom Anfange herein, so lange er mit dem Willen des Andern ausgeübt wird, eine justa possessio [h], wird aber von dem Moment an, wo dem Verleiher die von ihm geforderte Rückgabe der Sache verweigert wird, eine injusta possessio, weil er nunmehr in einen eigenmächtig vorenthaltenen Besitz ausartet. Daher ist das precario possidere, wenn es unter den fehlerhaften Arten des Besitzes angeführt wird, allemal erst von dem Zeitpunkte der verweigerten Restitution der Sache an zu verstehen. Uebrigens geht diese Eintheilung des Besitzes auf die bloße Detention eben sowohl, als auf den juristischen Besitz [i]. — 2) Nach der subjectiven Meinung des Besitzers ist der Besitz verschieden, je

nachdem er entweder *bona fide*, oder *non bona (mala) fide* ausgeübt wird [k]), d. h. je nachdem der Besitzer glaubt, zum Besitz der Sache, welche er inne hat, berechtiget zu seyn, oder aber die Ungültigkeit seines Besitzgrundes kennt [l]). Im erstern Fall heißt der Besitz *bonae fidei possessio* [m]), bisweilen auch *justa possess.* [n]), und der Besitzer selbst heißt *bonae fidei* oder *bona fide possessor* [o]), im letztern Falle aber *malae fidei possessor* [p]). — 3) Ferner ist der Besitz nach der bey den Neuern üblichen Terminologie entweder eine *vera possessio*, wenn nämlich das natürliche Verhältniß der Detention wirklich vorhanden ist, oder eine *ficta poss.*, wenn ohne das Vorhandenseyn der Detention doch ein Besitz in rechtlicher Beziehung angenommen wird. Dieß kommt namentlich vor theils bey dem, qui dolo desiit possidere, oder dolo fecit, quo minus possideret, d. h. welcher den Besitz einer fremden Sache vor Anstellung einer ihm deßhalb bevorstehenden Klage in der chikanösen Absicht aufgegeben oder veräußert hat, um dadurch dem Kläger die Verfolgung seines Rechts an der Sache zu erschweren [q]), theils bey dem, qui liti se obtulit, d. h. welcher, ob er gleich die in Frage stehende Sache nicht besitzt, doch auf die wegen derselben gegen ihn angestellte Klage sich so einläßt, als ob er die Sache wirklich besäße, um dadurch den Kläger in seinem Irrthum zu bestärken [r]). Beyde Arten der sog. ficti possessores werden, zur Strafe ihres dolus [s]), in rechtlicher Hinsicht eben so behandelt, wie wirkliche Besitzer, d. h. sie können, gleich als ob sie besäßen, verurtheilt werden, nämlich in die litis aestimatio, d. h. den Werth des streitigen Gegenstandes und das Interesse [t]). Diese Bestimmung wurde in Bezug auf solche, qui dolo fecerunt, quo minus possiderent, zuerst bey der Erbschaftsklage durch ein unter Hadrian errichtetes Senatusconsult, welches die Neuern SC. Juventianum zu nennen pflegen [u]), eingeführt [v]), späterhin aber durch ausdehnende Erklärung jenes Senatsschlusses nicht nur auch auf einen solchen, qui liti se obtulit, sondern auch auf andere dingliche Klagen angewendet [x]). — Uebrigens kommt auch beym Faustpfande in der Person des Verpfänders ein blos fingirter Besitz vor, indem es nämlich in Bezug auf Usucapion so angesehen wird, als ob er noch im Besitz der verpfändeten Sache wäre,

da er ihn doch auf den Pfandgläubiger übergetragen hat, welcher eben deßhalb in jeder andern Rückſicht für den Beſitzer gilt y).

a) l. 2. u. l. 8. pr. D. uti possidet. (XLIII. 17.) l. 19. pr. D. de precar. (XLIII. 26.) l. 3. §. 5. D. h. t. — In der l. 24. D. h. t. wird der justa possessio die *corporalis* poss., als das blos factiſche Verhältniß der Detention, welches keine juriſtiſchen Folgen hat, entgegengeſetzt.

b) Gaj. IV. §. 151. l. 13. §. 13. u. l. 53. D. h. t. l. 7. C. h. t.

c) l. 11. C. h. t.

d) Gaj. IV. §. 151. §. 4. I. de interdict. (IV. 15.) l. 1. pr. §. 5. u. 9. D. uti possidet. (XLIII. 17.) Uebrigens finden ſich dieſe drey Fehler des Beſitzes ſchon bey Terent. in Eunuch. II. 3. v. 27. u. 28. zuſammengeſtellt.

e) l. 1. §. 28. D. de vi (XLIII. 16.) Doch wird von demjenigen, der ſeinen bereits erlangten Beſitz durch Gewalt vertheidiget und zurückbehält, nicht angenommen, daß er vi beſitze, l. 1. §. 27. u. 28. D. eod.; wohl aber iſt dieß dann der Fall, wenn Jemand, der ſich heimlich in den Beſitz einer fremden Sache geſetzt hat, hernach den zu ſeiner Sache zurückkehrenden Eigenthümer mit Gewalt zurückweiſt. l. 6. §. 1. D. h. t.

f) l. 6. pr. D. h. t. Doch wird der Beſitz dadurch, daß ihn der Beſitzer erſt nach dem Erwerb zu verheimlichen anfängt, nicht zu einer clandestina possessio, l. 6. pr. D. cit. „. . . . non enim ratio obtinendae possessionis, sed origo nanciscendae exquirenda est; . . . .“; ſo wie umgekehrt auch ein heimlich angefangener Beſitz dadurch ſeine dießfallſige Natur nicht ändert, daß ihn hernach der Beſitzer dem Andern, gegen welchen er ihn Anfangs verheimlichte, bekannt macht. l. 40. §. 2. D. h. t.

g) l. 1. pr. D. de precar. (XLIII. 26.) l. 2. §. 3. D. eod. „Habere *precario* videtur, qui possessionem vel corporis vel juris adeptus est ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit, et impetravit, ut sibi possidere aut uti liceat.“

h) l. 13. §. 1. D. de Public. in rem act. (VI. 2.) l. 22. §. 1. D. de noxal. act. (IX. 4.) l. 7. §. 4. D. commun. divid. (X. 3.)

i) l. 7. §. 8. D. eod. vergl. mit l. 3. §. 23. D. h. t. — l. 13. §. 1. D. de Public. in rem act. (VI. 2.)

k) l. 3. §. 22. D. h. t. l. 38. D. de usurpat. (XLI. 3.)

l) §. 35. I. de rer. divis. (II. 1.) pr. I. de usucap. (II. 6.) l. 7. §. 17. D. de Public. in rem act. (VI. 2.) l. 27. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 32. §. 1. D. de usurpat. (XLI. 3.) l. 2. pr. u. §. 1. D. pro emtor. (XLI. 4.) l. 109. D. de verb. signif. (L. 16.)

m) l. 6. pr. D. h. t.

n) Gaj. II. §. 95. u. §. 5. I. per quas pers. nob. acquir. (II. 9.)

o) §. 4. I. eod. §. 2. I. de offic. jud. (IV. 17.) l. 45. u. 48. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 48. §. 1. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.)

p) l. 20. §. 11. u. 12. u. l. 25. §. 7. D. de hered. petit. (V. 3.) l. 62. §. 1. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 12. §. 1. D. de furt. (XLVII. 2.)

q) Einem ſolchen wird auch der gleich geachtet, welcher in böſer Abſicht den Beſitz nicht hat erwerben wollen. l. 25. §. 8. D. de hered. petit. (V. 3.) „. . . . sive dolo desierit possidere, sive dolo possessionem noluerit admittere. . . . .“

r) Ein ſolcher wird auch vollſtändiger ſo umſchrieben: qui se liti obtulit, cum rem non possideret, l. 45. D. eod., oder ſo: qui se obtulit rei defensioni sine causa, cum non possideret. l. 25. D. de rei vindic. (VI. 1.)

s) l. 131. l. 150. u. l. 157. §. 1. D. de regul. jur. (L. 17.) l. 13. §. 13. D. de hered. petit. (V. 3.) In Bezug auf den, qui dolo desiit possidere, wird der dolus auch ſpeciell dolus praeteritus genannt, z. B. l. 20. §. 6. l. 25. §. 2. u. 7. in f. D. eod.

t) l. 13. §. 13. u. 14. l. 20. §. 6. l. 25. §. 2. 5. u. 8 — 10. u. l. 45. D. eod. l. 25. 26. 27. pr. u. §. 3. l. 68. 69. u. 71. D. de rei vindic. (VI. 1.)

u) Weil nämlich Einer der Conſuln im Jahre 129. n. Chr., wo es errichtet wurde, Juventius (Celsus) hieß. Vgl. Bach Histor. jurispr. p. 445.

v) l. 20. §. 6. u. l. 25. §. 2. 3. u. 6 — 8. D. de hered. petit. (V. 3.) Dieſes Senatusconſult beſtimmte überhaupt, was der Beſitzer einer Erbſchaft, ſowohl der bonae als malae fidei possessor, wenn er durch die Erbſchaftsklage (hereditatis petitio) belangt und verurtheilt würde, herausgeben oder erſetzen müſſe. l. 20. §. 6. u. l. 22. D. eod.

x) l. 13. §. 13. D. eod. l. 27. §. 3. D. de rei vindic. (VI. 1.) Vgl. Dirkſen's Verſuche ꝛc. S. 28. fgg.

y) l. 1. §. 15. D. h. t. l. 16. D. de usurpat. (XLI. 3.) „. . . . qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet; quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet; . . . .“ Vgl. von Savigny i. a. W. §. 299. fgg.

§. 137.

Quasi possessio a).

Dem urſprünglichen Begriffe nach bezieht ſich alle possessio nur auf körperliche Sachen b), und heißt in dieſer Hinſicht auch: possessio corporis, oder quae corpore consistit c). Doch wird dieſer Begriff analogiſch auch auf unkörperliche Sa-

chen oder Rechte angewendet, unter dem Namen: *quasi possessio*, oder *possessio juris*, oder *quae jure consistit* [d]). Darunter ließe sich nun zwar überhaupt die Ausübung eines Rechts, verbunden mit der Absicht, es als sein Recht geltend zu machen, verstehen, da der factische Zustand der Ausübung eines Rechts dem Innehaben einer Sache vergleichbar ist; doch wird im Röm. Recht der Begriff der quasi possessio nebst seinen Folgen nur auf Dienstbarkeitsrechte (servitutes) bezogen [e]). — Die Wirkungen der quasi possessio bestehen eben so, wie beym eigentlichen Besitz, theils in der Befugniß zu den Interdicten, um sich gegen Störungen in der Ausübung des Rechts zu schützen [f]), theils in der Befugniß zur Ersitzung, so daß also das Recht selbst durch fortgesetzte Ausübung desselben, wenn sie fehlerfrey ist, erworben werden kann [g]). — Uebrigens kann auch in der nämlichen Person und in Bezug auf das nämliche Rechtsverhältniß eine possessio corporis und juris zusammentreffen, z. B. bey'm Usufructuar, als welcher an der seinem Nießbrauch unterworfenen Sache den wirklichen oder körperlichen, nicht aber auch den juristischen Besitz hat [h]), während ihm allerdings ein solcher an seinem Nießbrauchsrechte zukommt [i]).

a) Vgl. von Savigny i. a. W. §. 12., u. dazu Unterholzner in der Tüb. Krit. Zeitsch. B. 4. S. 373. fgg., desgl. von Buchholtz Versuche ꝛc. Nr. 8.

b) l. 3. pr. D. h. t. „Possideri autem possunt, quae sunt corporalia." l. 4. §. 27. D. de usurpat. (XLI. 3.) „. . . . nec possideri intelligitur jus incorporale, ..." Vgl. auch l. 32. §. 1. D. de servitut. praed. urb. (VIII. 2.) u. l. 1. §. 8. D. quod. legat. (XLIII. 3.)

c) l. 2. §. 3. D. de precar. (XLIII. 26.) u. l. 10. C. h. t.

d) Der erste Ausdruck kommt vor bey Gaj. IV. §. 139., im pr. I. de interdict. (IV. 15.) l. 23. §. 2. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.) l. 10. pr. D. si servit. vindic. (VIII. 5.) l. 3. §. 17. D. de vi. (XLIII. 16.), der zweyte in der l. 2. §. 3. D. de precar. (XLIII. 26.), und der dritte in der l. 10. C. h. t. Auch das Zeitwort possidere wird mit jus in Verbindung gebracht, z. B. l. 2. in f. D. commun. praed. (VIII. 4.) l. 7. in f. D. de itin. (XLIII. 19.), und bisweilen wird auch possessio ohne weitern Zusatz auf unkörperliche Sachen, und namentlich auf Servituten, bezogen, z. B. l. 14. pr. D. de servitut. (VIII. 1.) l. 4. D. utl possidet. (XLIII. 17.)

e) Vgl. die in der Note d) citirten Digestenstellen. — Zwar nimmt von Savigny i. a. W. §. 23. S. 289. fgg. u. §. 47. auch bey der superficies eine bloße quasi possessio an; doch scheinen die Gründe für die Meinung überwiegend, daß dem superficiarius eine wirkliche possessio (nämlich ein abgeleiteter Besitz eben so, wie dem emphyteuta,) beyzulegen sey. Vgl. Unterholzner's Verjährungslehre B. 2. S. 246. fgg. Außerdem haben sich gegen die Savigny'sche Ansicht auch erklärt: Du Roi im Archiv f. d. Civil. Prax. B. 6. S. 395. fgg., Hüschke in d. Tüb. Krit. Zeitsch. B. 2. S. 354., von Schröter in der Zeitsch. für Civilr. u. Proz. B. 2. S. 244. fgg., von Buchholtz a. a. O. S. 83. fgg. und Büchel in den Civilrechtl. Erört. Nr. 3. S. 65. fgg.

f) l. 20. D. de servitut. (VIII. 1.)

g) l. 10. pr. D. si serv. vind. (VIII. 5.) l. 1. §. 23. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.)

h) l. 12. pr. D. h. t. Gaj. II. §. 93. u. §. 4. I. per quas pers. nob. acquir. (II. 9.)

i) l. 3. §. 13 — 17. D. de vi. (XLIII. 16.) u. l. 4. D. uti possid. (XLIII. 17.) Vgl. von Savigny a. a. O. §. 168. fgg.

§. 138.

Subjecte und Objecte des Besitzes.

Um Besitzer im juristischen Sinne seyn zu können, muß man die Rechts- und Erwerbsfähigkeit überhaupt haben [a]). Daher sind des juristischen Besitzes unfähig: Sclaven [b]), und solche, welche als Sclaven besessen werden, wenn sie auch wirklich frey seyn sollten [c]), ingleichen die, welche in feindliche Gewalt gerathen sind, so lange ihre Gefangenschaft dauert [d]). Im ältern Röm. Recht waren auch Hauskinder des juristischen Besitzes unfähig [e]), weil sie überhaupt keine Vermögensrechte haben konnten (§. 31. Note dd)). Da indessen dieses letztere Princip im neuern Röm. Recht nicht mehr gilt (§. 31. Note hh) u. §. 94. Note c)), so ist dadurch auch jene Unfähigkeit der Hauskinder aufgehoben, wie sie denn auch schon zur Zeit der classischen Juristen bey dem castrense peculium nicht Statt fand [f]). Es können nun aber auch Mehrere zu gleicher Zeit den Besitz an der nämlichen Sache haben, und zwar entweder so, daß dem Einen der Interdictenbesitz, und dem Andern der Usucapionsbesitz zukommt, wie namentlich in dem Verhältnisse des Faustpfandgläubigers und des Verpfänders (§. 136.

Note y), oder auch so, daß Mehrere gemeinschaftlich nach intellectuellen Theilen (pro indiviso, §. 63.) die nämliche Sache besitzen (compossessio*) [g]); nur muß dabey der Antheil eines Jeden völlig bestimmt, und von ihm genau gekannt seyn [h]). Dagegen können Mehrere die nämliche Sache in solidum, d. h. Jeder auf's Ganze, nicht besitzen. Zwar nahmen manche Röm. Juristen einzelne Ausnahmen von dieser Regel an; allein ihre Meinung wurde, als der Natur des Besitzes widerstreitend, von andern Juristen verworfen [i]). — Was hiernächst die Gegenstände des Besitzes betrifft, so sind davon alle diejenigen Sachen ausgeschlossen, welche dem Verkehr entzogen sind (§. 51. fgg.) [k]). Doch kann man einen freyen Menschen, wenn man ihn für einen Sclaven hält, allerdings besitzen [l]). Uebrigens ist der Besitz auch an einem bestimmten, materiellen Theile einer physisch theilbaren Sache (§. 63.) möglich [m]), und bey einem Begriffsganzen (z. B. einer Heerde, §. 62.) wird der juristische Besitz mit seinen Folgen nicht auf das Ganze, sondern auf die einzelnen, dazu gehörigen Stücke bezogen [n]). Dagegen findet bey einem wirklich zusammengesetzten Ganzen der Besitz nicht an den einzelnen Theilen für sich, sondern nur am Ganzen Statt [o]), und daher fängt, wenn ein solches Ganze in seine Theile aufgelöst wird, an den einzelnen Theilen, da sie vorher noch nicht als Einzelheiten besessen waren, ein neuer Besitz an [p]).

a) l. 49. §. 1. D. h. t. „. . . . quia possessio non tantum corporis, *sed et juris est.*“

b) l. 49. §. 1. D. cit. u. l. 24. u. 30. §. 3. D. h. t.

c) l. 1. §. 6. D. h. t. u. l. 118. D. de regul. jur. (L. 17.)

d) l. 23. §. 1. D. h. t. l. 19. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.) l. 15. pr. D. de usurpat. (XLI. 3.)

e) l. 30. §. 3. l. 49. §. 1. D. h. t. u. l. 93. D. de regul. jur. (L. 17.)

f) l. 4. §. 1. D. de usurpat. (XLI. 3.) Vgl. von Savigny i. a. W. S. 112—115.

g) l. 26. D. h. t.

h) l. 26. cit. l. 3. §. 2. D. h. t. u. l. 32. §. 2. D. de usurpat. (XLI. 3.)

i) l. 3. §. 5. D. h. t. „. . . . plures eandem rem in solidum possidere non possunt; contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris . . . . . non magis enim

eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.“ l. 5. §. 15. D. commodat. (XIII. 6.) l. 3. pr. D. uti possidet. (XLIII. 17.) — l. 15. §. 4. u. l. 19. pr. D. de precar. (XLIII. 26.) — Vgl. von Savigny i. a. W. §. 11.

k) l. 3. §. 17. l. 23. §. 2. u. l. 30. §. 1. u. 3. D. h. t.

l) §. 4. I. per quas pers. nob. acquir. (II. 9.) l. 1. §. 6. D. h. t.

m) l. 26. D. h. t. — l. 8. in f. D. de rei vindic. (VI. 1.) Vgl. von Savigny i. a. W. §. 22.

n) l. 30. §. 2. D. de usurpat. (XLI. 3.)

o) l. 30. pr. D. h. t. u. l. 23. pr. D. de usurpat. (XLI. 3.)

p) l. 23. §. 2. D. eod.

§. 139.

Vom Erwerbe des Besitzes: A) Im Allgemeinen.

Zum Erwerbe des juristischen Besitzes ist überhaupt Zweyerley erforderlich [a]): theils eine körperliche Handlung oder äußere Thatsache (corpus), wodurch die Sache in das Verhältniß der Innehabung gebracht wird, theils der possidendi animus oder affectus in dem im §. 133. angegebenen Sinne [b]). Es wird jedoch mit der Erwerbung des Besitzes, da derselbe seinem ursprünglichen Begriffe nach ein blos factisches Verhältniß ist, nicht so streng genommen, wie bey einem eigentlichen Rechte [c]); vielmehr ist sie auch durch solche Handlungen möglich, welche wegen irgend eines rechtlichen Hindernisses zum Erwerb eines Rechts sich nicht eignen [d]), ja selbst durch solche, welche etwas Widerrechtliches in sich enthalten. So kann man namentlich durch gewaltsame Ergreifung einer Sache, oder Verdrängung des bisherigen Besitzers, ingleichen durch heimliche Entwendung einer beweglichen Sache, und durch Verweigerung der Rückgabe einer auf Widerruf gestatteten Sache den Besitz daran wenigstens mit der Wirkung erwerben, daß man sich darin gegen Andere, als denjenigen selbst, gegen welchen die widerrechtliche Handlung ausgeübt wurde, durch Interdicte schützen kann [e]). In jedem Falle aber muß der Besitz einer Sache, um erworben werden zu können, bereits erlediget seyn (vacua possessio), oder in dem Moment des Erwerbs erlediget werden [f]), weil nämlich ein Besitz Mehrerer an derselben Sache in solidum nicht

möglich ist (§. 138. Note i)). — Uebrigens kann man juristischen Besitz auch durch Stellvertreter oder Mittelspersonen erwerben g), und zwar nicht blos durch solche, welche man in seiner Gewalt hat h), sondern auch durch freye Stellvertreter i). Es ist aber zu einem solchen Besitzerwerb erforderlich, theils daß der Stellvertreter bey der Apprehension der Sache den Willen habe, nicht für sich, sondern für den Andern den Besitz zu erwerben k), theils auch, daß Derjenige selbst, für welchen der Besitz erworben werden soll, denselben erwerben wolle l). Indessen leidet diese letztere Regel auch manche Ausnahmen m). So erwirbt der Herr oder Vater, wenn er seinem Sclaven oder Haussohn ein peculium überlassen hat, an den durch eine Erwerbshandlung der Letztern, wenn es nur nicht eine unerlaubte ist, zum peculium hinzukommenden Sachen, den juristischen Besitz auch ohne sein Wissen n). Ferner können auch juristische Personen, obwohl sie, als solche, eines unmittelbaren Willens und Bewußtseyns nicht fähig sind, doch durch Mittelspersonen Besitz erwerben o), und eben so auch bevormundete Personen durch die Handlungen ihrer Tutoren oder Curatoren p).

h) Vgl. von Savigny i. a. W. §. 13.

b) Paul. V. 2. §. 1. „Possessionem acquirimus *et animo et corpore*, ... sed nudo animo adipisci quidem possessionem non possumus; . . . .“ l. 8. §. 1. D. h. t. „Et adipiscimur possessionem *corpore et animo*, neque per se animo, aut per se corpore . . . .“ l. 3. §. 3. l. 8. D. h. t. l. 153. D. de regul. jur. (L. 17.) §. 5. in f. I. de interdict. (IV. 15.) Ueber Fälle, wo Ausnahmsweise solo animo juristischer Besitz erworben werden kann, s. §. 140.

c) Vgl. von Savigny i. a. W. S. 26. fgg. u. u. S. 335. fgg.

d) Z. B. l. 1. §. 10. D. de vi. (XLIII. 16.)

e) l. 1. §. 9. u. l. 2. D. uti possidet. (XLIII. 17.) l. 3. §. 5. D. h. t. (verb. „in summa possessionis“ etc. S. §. 133. Note h)). l. 53. D. h. t. Vgl. auch §. 134. Note b) u. c).

f) l. 2. §. 1. D. de action. emt. (XIX. 1.) l. 18. §. 2. u. l. 52. §. 2. D. h. t. l. 2. C. h. t. Vgl. von Savigny i. a. W. S. 161. fgg.

g) Vgl. Denselben i. a. W. §. 26.

h) Namentlich durch Sclaven und Hauskinder. Gaj. II. §. 87. u. 89. pr. u. §. 3. I. per quas pers. nob. acquir. (II. 9.) l. 10. §. 2. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) u. l. 1. §. 5. D. h. t. Ob man aber im ältern Rechte auch durch solche Personen, welche man in der manus oder

im mancipium hatte, Beſitz erwerben konnte, wird von Gaj. II. §. 90. um deßwillen als zweifelhaft dargeſtellt, weil an dieſen Perſonen ſelbſt kein Beſitz Statt fände; (welcher Grund freylich auch auf Kinder paßt, l. 1. §. 8. in f. D. h. t., durch die man doch kraft der väterlichen Gewalt auch Beſitz erwerben kann.) Eben ſo erwähnt es Gaj. II. §. 94. als eine controverſe Frage, ob man durch einen Sclaven, an welchem man nur den Nießbrauch habe, Etwas beſitzen und uſucapiren könne, da man einen ſolchen Sclaven ſelbſt doch nicht beſitze. Indeſſen iſt dieſe Frage im Juſtinianiſchen Rechte zu Gunſten des Uſufructuars entſchieden, jedoch mit Beſchränkung auf die zwey Fälle, in denen überhaupt ein Uſufructuar durch den ſeinem Nießbrauch unterworfenen Sclaven eben ſo, wie ein bonae fidei possessor durch den in ſeinem Beſitz befindlichen Sclaven (es mag ein fremder Sclave oder ein freyer Menſch ſeyn,) Etwas erwerben kann, nämlich inſofern der Erwerb entweder auf die Arbeit des Sclaven, oder auf das Vermögen des Uſufructuars oder bonae fidei possessor gegründet iſt. §. 4. I. per quas pers. nob. acquir. l. 1. §. 6. u. 8. u. l. 49. pr. D. h. t.

i) Für den Satz, daß man auch durch freye Stellvertreter Beſitz erwerben könne, wird im §. 5. I. per quas pers. nob. acquir. eine Conſtitution von Severus angeführt, und in Bezug auf dieſen Satz ſagt auch Ulpian in der l. 11. §. 6. D. de pignor. act. (XIII. 7.) „. . . . . constitutum est ab Imperatore nostro . . . . “, womit ohne Zweifel die l. 1. C. h. t. gemeint iſt. Doch ergiebt ſich aus den Schlußworten dieſer Conſtitution, ſo wie aus der l. 41. D. de usurpat. (XLI. 3.) u. l. 13. pr. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.), daß ſchon lange vorher jener Satz durch die Meinungen der Juriſten angenommen geweſen ſey, wie denn auch Paul. V. 1. §. 2. ſich hierüber ſo ausdrückt: „. . . . . per procuratorem acquiri nobis possessionem posse, *utilitatis causa receptum est*. . . . . “ Indeſſen ſcheinen zu Gajus Zeiten, ſo viel man aus einer freylich lückenhaften Stelle ſeiner Inſtitutionen, II. §. 95. in f., abnehmen kann, noch nicht alle Juriſten darin einverſtanden geweſen zu ſeyn; und daß auch Ulpian zur Beſtätigung jenes Satzes ſich ausdrücklich auf eine Conſtitution ſeines Kaiſers beruft, ſcheint darauf hinzudeuten, daß ſelbſt bis auf die damalige Zeit die Meinungsverſchiedenheit hierüber fortgedauert habe. Vgl. übrigens von Savigny i. a. W. S. 320. fgg.

k) l. 1. §. 19. u. 20. D. h. t. Nur die Tradition macht hiervon eine Ausnahme, indem es bey ihr lediglich auf die Abſicht des Tradenten, ohne weitere Rückſicht auf die Abſicht des Stellvertreters, der die Sache in Empfang nimmt, ankommt. l. 13. D. de donat. (XXXIX. 5.)

l) Paul. V. 2. §. 1. „Possessionem acquirimus . . . . . *animo utique nostro;* corpore vel nostro, vel alieno . . . . “ l. 3. §. 12. u. l. 42. §. 1. D. h. t. l. 24. D. de negot. gest. (III. 5.) — l. 47. D. de usurpat. (XLI. 3.) l. 49. §. 2. D. h. t. u. l. 1. C. h. t.

m) §. 5. I. per quas pers. nob. acquir. (II. 9.) „. . . . . per liberam

personam, veluti per procuratorem, placet, non solum scientibus, sed *etiam ignorantibus vobis acquiri possessionem*, ... "

n) l. 1. §. 5. l. 3. §. 12. l. 4. u. l. 24. D. h. t.

o) l. 1. §. 22. u. l. 2. D. h. t. l. 7. §. 3. D. ad exhib. (X. 4.)

p) l. 1. §. 20. D. h. t. l. 11. §. 6. D. de pignor. act. (XIII. 7.) l. 13. §. 1. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.)

§. 140.

B) Nähere Bestimmungen über die Erfordernisse zum Besitzerwerb [a]).

Das Wesen der zum Besitzerwerb erforderlichen äußern Begebenheit oder körperlichen Handlung (corpus), besteht nicht nothwendig in der unmittelbaren Berührung der Sache, sondern nur darin, daß man durch jene Thatsache in die physische Möglichkeit versetzt werde, auf die Sache beliebig einzuwirken und sie zu gebrauchen [b]); nur muß diese Möglichkeit von dem, welcher den Besitz erwerben will, als unmittelbare oder gegenwärtige Möglichkeit gedacht werden können [c]). Hieraus ergeben sich sehr verschiedene Formen der Besitzergreifung oder Apprehension, sowohl bey unbeweglichen als bey beweglichen Sachen. An einem Grundstücke wird nämlich der Besitz nicht blos durch Betretung desselben, die sich auch nicht auf alle Theile zu erstrecken braucht [d]), erworben, sondern auch dadurch, daß der bisherige Besitzer das Grundstück dem Andern, welcher den Besitz desselben erwerben will, von einem in der Nähe befindlichen Orte aus zeigt, mit der Erklärung, ihm den Besitz daran überlassen zu wollen [e]), desgleichen durch gewaltsame Occupation desselben und Verdrängung des bisherigen Besitzers [f]). Eben so wird an beweglichen Sachen der Besitz nicht blos durch wirkliche Ergreifung derselben mit der Hand, sie sey eine erlaubte oder unerlaubte, erworben [g]), sondern auch auf verschiedene andere Arten, besonders in solchen Fällen, wo eine Uebergabe der Sache von Seiten ihres bisherigen Besitzers vorkommt, z. B. wenn man die Sache durch den bisherigen Inhaber derselben vor sich hinlegen, oder in seine Behausung bringen, oder einem Andern übergeben läßt [h]), desgleichen wenn

der bisherige Besitzer dem Andern in Gegenwart der Sache erklärt, ihm den Besitz daran übergeben zu wollen [i]), ferner wenn man bey einer verschlossenen Sache die Schlüssel zu dem Behältnisse, worin sie liegt, in der Nähe desselben übergeben bekommt [k]), u. s. w. [l]). — Aus dem Erfordernisse des possidendi animus zum Besitzerwerbe aber folgt, theils daß (abgesehen von den Fällen des sog. abgeleiteten Besitzes, §. 133. Note k — n),) diejenigen, welche nur kraft fremden Rechts oder in fremdem Namen den Besitz ausüben, mit der Detention nicht auch zugleich den juristischen Besitz erlangen [m]), weil der possidendi affectus mit dem Rechtsverhältnisse, in welchem sie stehen, unvereinbar ist, so lange dasselbe nicht etwa durch ein neues Ereigniß verändert oder aufgehoben wird, theils daß willenlose Subjecte zwar durch Stellvertreter (§. 139. Note m) o) u. p)), nicht aber durch sich selbst Besitz erwerben können, namentlich also Wahnsinnige [n]), infantes [o]), und blos juristische Personen [p]). Wenn nun aber Jemand, der eines Willens in juristischer Hinsicht fähig ist, schon im natürlichen Besitz einer fremden Sache sich befindet, so kann er, da hier eine Apprehension derselben nicht weiter nöthig ist, schon durch den bloßen possidendi animus (solo animo) den juristischen Besitz erwerben [q]), vorausgesetzt, daß auch ein besonderer Grund eintrete, vermöge dessen die bloße Detention in einen juristischen Besitz verwandelt werden kann. Dieß kann nun entweder ein rechtmäßiger Grund seyn, wie namentlich, wenn der, in dessen Namen bisher der Besitz ausgeübt wurde, seinen juristischen Besitz, oder gar das Eigenthum an der Sache dem bisherigen Inhaber derselben überlassen will, und seinen dießfallsigen Willen zu erkennen giebt [r]), oder auch ein unrechtmäßiger, z. B. diebische Unterschlagung der Sache [s]). Ohne das Hinzukommen einer besondern Thatsache aber kann Niemand durch einen bloßen Willensbeschluß seinen bisherigen natürlichen Besitz in einen juristischen verwandeln, zufolge der Regel: *neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse* [t]).

a) Vgl. von Savigny i. a. W. §. 14 — 21.

b) l. 1. §. 21. D. h. t. „. . . . non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem; sed etiam oculis et affectu; . . . .“

c) l. c. „ . . . . cum ea in praesentia sit . . . ., si in re praesenti consenserint; . . . .“ Vgl. von Savigny i. a. W. S. 227.

d) l. 3. §. 1. D. h. t. „ . . . . Quod autem diximus, et corpore et animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut, qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet; sed sufficit, quamlibet partem ejus fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.“

e) l. 18. § 2. D. h. t.

f) l. 1. §. 29. l. 3. §. 7. u. 8. l. 12. u. 18. pr. D. de vi (XLIII. 16.)

g) l. 1. §. 1. l. 3. §. 18. u. l. 15. D. h. t.

h) l. 79. D. de solut. (XLVI. 3.) l. 18. §. 2. u. l. 1. §. 21. D. h. t.

i) l. 1. §. 21. D. cit.

k) l. 74. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) — Hierin, so wie auch in mehrern andern Fällen des Besitzerwerbs ohne unmittelbare Berührung der Sache, glaubte man sonst gewöhnlich eine symbolische Handlung zu finden. Ueber die Unrichtigkeit dieser Ansicht vgl. von Savigny i. a. W. S. 185. fgg. u. 208. fgg.

l) Ueber einige andere, hierher gehörige Fälle s. l. 51. D. h. t. l. 14. §. 1. D. de peric. et comm. rei vend. (XVIII. 6.) — l. 55. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) — l. 5. §. 1. D. eod. u. §. 13. I. de rer. divis. (II. 1.) — l. 3. §. 14. u. 15. D. h. t. — l. 3. §. 3. D. h. t.

m) l. 9. l. 18. pr. u. l. 30. §. 6. D. h. t. Vgl. §. 133. Note i).

n) l. 1. §. 3. u. l. 18. §. 1. D. h. t.

o) Doch wird es bey den infantes mit dem Erforderniſſe des animus zum Behuf des Besitzerwerbs nicht so streng genommen. Denn nicht nur können sie unter der Auctorität des tutor Besitz erwerben, l. 32. §. 2. D. h. t., (über diese Stelle s. von Savigny i. a. W. S. 244. fgg., und dagegen Puchta im Rhein. Muſ. B. 5. S. 36. fgg.) sondern an geschenkten Sachen auch selbst ohne den tutor, l. 3. C. h. t. (über diese Stelle s. von Savigny i. a. W. S. 248. fgg., und dagegen ebenfalls Puchta a. a. O. S. 44. fgg.), was jedoch wohl nur auf bewegliche Sachen zu beschränken ist, wegen der entgegenstehenden l. 26. C. de donat. (VIII. 54.) Solche Unmündige aber, welche nicht mehr in die Kategorie der infantes gehören, sind allerdings zum Besitzerwerb auch ohne die Auctorität des tutor fähig, wenn sie nur ausgebildet genug sind, um diesen Erwerb begreifen und ernstlich wollen zu können. l. 1. §. 3. u. l. 32. §. 2. D. h. t. Vgl. von Savigny i. a. W. S. 242.

p) l. 1. §. 22. D. h. t. l. 1. §. 15. D. si is, qui testam. liber esse juss. er. (XLVII. 4.)

q) l. 3. §. 3. D. h. t. „ . . . . solo animo non posse nos acquirere possessionem, *si non antecedat naturalis possessio.* . . .“ Vgl. von Savigny i. a. W. §. 19.

r) §. 44. I. de rer. divis. (II. 1.) l. 9. §. 5. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) l. 9. §. 1. u. 2. D. de Public. in rem act. (VI. 2.) l. 62. pr. D. de evict. (XXI. 2.) — l. 9. §. 9. D. de reb. cred. (XII. 1.) — l. 38. §. 1. in f. D. h. t.

s) l. 3. §. 18. D. h. t.

t) l. 3. §. 19. D. h. t. Dieſe Rechtsregel (welche in manchen Stellen auch in etwas veränderter Form ausgedrückt wird, z. B. causam possessionis neminem sibi mutare posse, oder ipsum sibi causam possessionis mutare non posse, u. dgl.) ſcheint im ältern Röm. Rechte hauptſächlich auf die (in der Lehre von der Uſucapion zu erörternde) ſpäterhin aufgehobene possessio et usucapio pro herede (Gaj. II. §. 52. — 58.) ſich bezogen zu haben, wovon noch Spuren in der l. 33. §. 1. D. de usurpat. (XLI. 3.) u. l. 2. §. 1. D. pro hered. (XLI. 5.) ſich vorfinden. Vgl. von Savigny i. a. W. S. 56. fgg. u. Unterholzner's Verjährungslehre B. 1. §. 100. Doch kommt ſie auch in andern Beziehungen vor, und hat überhaupt den Sinn: Niemand kann, wenn er einmal auf gewiſſe Weiſe zu beſitzen angefangen hat, den Grund ſeines Beſitzes durch ſeinen bloßen Vorſatz oder einſeitigen Willensbeſchluß ändern, und in einen ihm vortheilhaftern Beſitz verwandeln, alſo weder die bloße Detention in einen juriſtiſchen Beſitz, noch auch den bloßen Interdictenbeſitz in einen Uſucapionsbeſitz. l. 2. §. 1. D. cit. l. 19. §. 1. D. h. t. l. 1. §. 2. D. pro donat. (XLI. 6.) l. 5. C. h. t. Es iſt aber dieſe Regel ohne Einfluß, wenn durch eine neue, von außen hinzukommende Thatſache der Grund des bisherigen Beſitzes geändert wird. l. 3. §. 20. D. h. t. l. 33. §. 1. D. de usurpat. l. 6. §. 3. D. de precar. (XLIII. 26.)

§. 141.

Erhaltung und Verluſt des Beſitzes[a]).

Zur Fortdauer des Beſitzes iſt nicht gerade die ununterbrochene Fortſetzung der beyden zum Erwerb deſſelben nöthigen Bedingungen erforderlich, ſondern es geht der Beſitz erſt dann verloren, wenn ein beſtimmtes entgegengeſetztes Handeln erfolgt iſt, und dieß gilt von beyden Bedingungen des Beſitzes auf gleiche Weiſe, alſo vom geiſtigen Handeln (animus) eben ſowohl, als vom körperlichen (corpus)[b]). Daher tritt, ſo viel den animus betrifft, der Verluſt des Beſitzes nicht ſchon dann ein, wenn man eine Zeitlang die Sache oder ihren Beſitz vergißt, ſondern erſt dann, wenn man den bisherigen Beſitz wirklich aufgeben will[c]). Dieſer Wille kann nun nicht bloß ausdrücklich erklärt werden, ſondern auch durch Handlungen, und

zwar theils durch positive, wohin z. B. die in der Absicht der Uebertragung des Eigenthums oder juristischen Besitzes auf einen Andern erfolgte Uebergabe gehört [d]), theils durch negative, z. B. wenn man ohne dringende Abhaltungsgründe sein Feld lange Zeit hindurch unbenutzt liegen läßt [e]). Bey solchen Personen aber, welche juristisch gar keinen oder doch keinen selbstständigen Willen haben, ist der Verlust des Besitzes durch animus unmöglich [f]). — Was hiernächst das physische Verhältniß der Innehabung anlangt, so hört durch eine bloße Unterbrechung desselben, z. B. durch Entfernung von der Sache, der Besitz selbst keinesweges auf, da man ihn auch solo animo behält (possessio mentalis*), solange nur überhaupt noch die Möglichkeit vorhanden ist, die unmittelbare Herrschaft über die Sache beliebig wieder herbeyzuführen, sondern es geht der Besitz durch eine äußere Begebenheit erst dann verloren, wenn dadurch jene Möglichkeit für den bisherigen Besitzer gänzlich aufgehoben ist [g]). Dieß ist aber der Fall: 1) in Bezug auf alle Sachen ohne Unterschied, wenn sie zu Grunde gehen, oder durch Naturereignisse der Herrschaft des Besitzers, oder durch eine juristische Veränderung dem Verkehr überhaupt entzogen werden [h]). 2) Bey unbeweglichen Sachen, wenn der bisherige Besitzer in dem Grundstücke von einem Andern gebunden oder eingesperrt, oder aus dem Besitze verdrängt, oder gewaltsam verhindert wird, in das Grundstück hineinzugehen [i]), desgleichen, wenn er das Grundstück aus Furcht vor einer bevorstehenden Gewaltthätigkeit verläßt [k]). Dagegen geht durch eine in Abwesenheit des Besitzers geschehene Occupation seines Grundstücks der Besitz für ihn nicht sofort verloren, sondern erst dann, wenn er davon Kenntniß erhält, und nun entweder allen Widerstand unterläßt, oder von der Wiederbesitznahme des Grundstücks mit Gewalt abgehalten oder zurückgedrängt wird [l]). 3) Bey beweglichen Sachen, wenn ein Anderer sie entwendet, oder mit Gewalt an sich nimmt [m]), oder durch Umgestaltung in eine neue species verwandelt [n]), ferner wenn man die Sache verliert und nicht wieder finden kann [o]), desgleichen soviel die Thiere anlangt, wenn zahme oder gezähmte sich verirren, und nicht wiederzufinden sind, oder die Gewohnheit des Heimkehrens ablegen, und wenn wilde sich in die natürliche Freyheit zurückbegeben; was auch schon dann angenommen

wird, wenn sie unserm Gesichtskreis gänzlich entschwunden sind, oder wenigstens ihre Verfolgung nicht leicht möglich ist [p]). — Wenn übrigens der Besitz durch Stellvertreter ausgeübt wird, so geht er in dem Falle, wenn zwar der Besitzer für seine Person von einem Andern aus dem Besitze verdrängt worden ist, aber der Stellvertreter sich noch in der Detention der Sache behauptet hat, eben so wenig verloren [q]), als dadurch, daß der Stellvertreter unfähig wird, (z. B. durch Tod oder Wahnsinn,) den Besitz fernerhin auszuüben [r]), oder dadurch, daß er sich freywillig vom Besitze lossagt, sey es, daß er die Sache verläßt, oder einem Andern übergiebt [s]). Dagegen geht der bisherige Besitz allerdings nicht nur durch den Stellvertreter verloren, wenn er selbst wider seinen Willen aus dem Besitz der in seiner Detention befindlichen Sache kommt [t]), sondern auch an den Stellvertreter, wenn derselbe die ihm anvertraute bewegliche Sache diebischer Weise unterschlägt [u]), oder bey einer unbeweglichen Sache den bisherigen Besitzer aus dem Besitze verdrängt, oder vom Eintritte in das Grundstück gewaltsam abhält [v]).

a) Vgl. von Savigny i. a. W. §. 29 — 33.

b) l. 3. §. 6. u. 13. l. 17. §. 1. l. 29. u. l. 44. §. 2. D. h. t. — l. 8. D. h. t. „Quemadmodum nulla possessio acquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, *nisi in qua utrumque in contrarium actum est.*“ l. 153. D. de regul. jur. (L. 17.) Ueber die beyden letztern Stellen vgl. von Savigny i. a. W. S. 343. fgg.

c) l. 3. §. 6. l. 17. §. 1. l. 30. §. 4. u. l. 34. pr. D. h. t. Vgl. von Savigny i. a. W. S. 374. fgg. — Eine Modification dieses Satzes kommt freylich bey dem Tode des Besitzers vor. Denn dadurch hört der bisherige Besitz von selbst auf, und geht auch nicht mit dem Erbschaftserwerb auf die Erben über, sondern es ist von Seiten derselben eine neue Besitzergreifung erforderlich. l. 23. pr. u. l. 30. §. 5. D. h. t. l. 1. §. 15. D. si is, qui testam. lib. ess. juss. er. (XLVII. 4.)

d) l. 17. §. 1. in f. l. 18. §. 2. u. l. 33. D. h. t. Keineswegs aber verliert man seinen Besitz auch dadurch, daß man denselben in seinem Namen durch einen Andern ausüben läßt, da der Letztere bloßer Repräsentant des eigentlichen Besitzers ist. l. 18. pr. D. h. t. Gaj. IV. §. 153. u. §. 5. I. de interdict. (IV. 15.) „. . . . . hoc est, quod dicitur, *retinere possessionem posse aliquem per quemlibet, qui ejus nomine sit in possessione.* . . .“

e) §. 7. I. de usucap. (II. 6.) l. 37. §. 1. D. de usurpat. (XLI. 3.) l. 4. C. h. t. (Vgl. von Savigny i. a. W. S. 382. fgg., womit

nicht ganz einverſtanden iſt Unterholzner in der Verjährungslehre B. 1. S. 247.) Dieß iſt jedoch nicht auch auf den Fall anwendbar, wenn man ſolche Grundſtücke, deren Benutzung ihrer Beſtimmung gemäß nur zu gewiſſen Zeiten wiederkehrt, in der Zwiſchenzeit unbenutzt liegen läßt. l. 8. §. 11. u. l. 44. §. 2. in f. D. h. t. l. 1. §. 25. D. de vi (XLIII. 16.) Vgl. von Savigny i. a. W. S. 365. Note 1).

f) l. 27. u. l. 29. D. h. t.

g) Gaj. IV. §. 153. u. §. 5. I. de interdict. (IV. 15.) Paul. V. 2. §. 1. in f. l. 3. §. 7. u. 13. l. 25. §. 2. D. h. t. l. 4. C. h. t.

h) l. 3. §. 17. l. 13. pr. u. l. 30. §. 1. u. 3. D. h. t.

i) Paul. V. 6. §. 6. l. 5. D. de usurpat. (XLI. 3.) l. 1. §. 24. u. 47. l. 3. §. 8. D. de vi. (XLIII. 16.) Wenn man jedoch den gewaltſam entzogenen Beſitz unmittelbar darauf durch eine entgegengeſetzte Gewalt wieder erlangt, ſo wird es ſo angeſehen, als ob der vorige Beſitz gar nicht verloren gegangen, ſondern nur vermöge des Rechts der Nothwehr vertheidigt worden ſey. l. 1. §. 27. l. 3. §. 9. u. l. 17. D. eod.

k) Paul. V. 6. §. 4. l. 1. §. 29. l. 3. §. 6. u. 7. D. eod. l. 33. §. 2. D. de usurpat. (XLI. 3.) l. 9. pr. D. quod. met. causa. (IV. 2.) Vgl. von Savigny i. a. W. S. 361. fgg. Zimmern in Deſſen und Neuſtetel's Unterſuchungen Nr. 7. — Zum Theil abweichender Meinung iſt Unterholzner in der Tüb. Krit. Zeitſch. B. 4. S. 389. fgg.

l) l. 3. §. 7. u. 8. l. 6. §. 1. l. 7. l. 25. §. 2. u. l. 46. D. h. t. Vgl. von Savigny i. a. W. S. 366. fgg.

m) l. 15. D. h. t.

n) l. 30. §. 4. in f. D. h. t.

o) l. 3. §. 13. l. 25. pr. D. h. t.

p) l. 3. §. 13. D. h. t. §. 12. I. de rer. divis. (II. 1.) l. 3. §. 2. l. 4. l. 5. pr. §. 4. u. 5. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) Vgl. von Savigny i. a. W. S. 358. fgg. und Unterholzner a. a. O. S. 391. An einem flüchtig gewordenen Sclaven aber verliert man den Beſitz nicht, ſo lange er noch nicht in fremden Beſitz gekommen, oder die Freyheit ſich zu erſtreiten bereit iſt. l. 1. §. 14. l. 13. pr. l. 15. u. l. 50. §. 1. D. h. t. l. 15. §. 1. D. de usurpat. (XLI. 3.)

q) l. 1. §. 45. D. de vi. (XLIII. 16.)

r) l. 25. §. 1. D. h. t. l. 31. §. 3. D. de usurpat. (XLI. 3.)

s) Denn Juſtinian beſtimmte in der l. 12. C. h. t., daß in Keinem dieſer Fälle aus der freywilligen Handlung des Stellvertreters für den Eigenthümer ein Nachtheil erwachſen ſolle. Doch waren die Röm. Juriſten hierüber verſchiedener Meinung. l. 3. §. 8. in f. u. l. 30. §. 6. D. h. t. vergl. mit l. 40. §. 1. in f. D. h. t. (nach der Lesart: *Aliud* existimandum etc.) u. l. 33. §. 4. D. de usurpat. (XLI. 3.) Vgl. von Savigny i. a. W. S. 395. fgg.

t) l. 44. §. 2. D. h. t. u. l. 1. §. 22. D. de vi. (XLIII. 16.)

u) l. 3. §. 18. D. h. t. l. 1. §. 2. u. l. 67. pr. D. de furt. (XLVII. 2.) Ueber die in der l. 47. D. h. t. referirte Meinung vgl. von Savigny i. a. W. S. 390. u. 391. Note 1).

v) l. 25. §. 2. u. l. 46. D. h. t. l. 12. u. 18. pr. D. de vi. (XLIII. 16.) Dadurch aber, daß eine der Gewalt des Besitzers unterworfene Person ihm eine Sache entwendet oder unterschlägt, oder ihn mit Gewalt aus dem Besitze verdrängt, verliert der Gewalthaber seinen Besitz nicht, da er ja durch eine solche Person auch Besitz erwirbt und fortsetzt. l. 15. u. l. 40. pr. D. h. t.

Zusatz 1. Da Besitz und Eigenthum wesentlich verschieden von einander sind (§. 133. Note e)), so geht mit dem Verluste des Besitzes in der Regel nicht auch das Eigenthum verloren. l. 17. §. 1. D. h. t. §. 48. I. de rer. divis. (II. 1.) Doch leidet diese Regel allerdings manche Ausnahmen, z. B. in den Fällen, worauf sich die in der Note h) und p) z. A. citirten Stellen beziehen, desgleichen wenn man seine Sache absichtlich derelinquirt. §. 47. I. eod.

Zusatz 2. Wenn Jemand bey der Uebertragung seines juristischen Besitzes oder Eigenthums auf einen Andern sich die Detention an der Sache vorbehält, so daß er die vorher in eignem Namen besessene Sache nunmehr im Namen des Andern zu besitzen fortfährt, (was die Neuern constitutum possessorium nennen,) so ist auf Seiten des Andern, dem der juristische Besitz übertragen wird, eine Besitzergreifung nicht erforderlich, weil hier nämlich der bisherige Besitzer von nun an als dessen Repräsentant oder Stellvertreter angesehen wird, und bey diesem das physische Verhältniß zur Sache schon vorhanden ist. Es wird also hierbey ein Hin- und Hergeben der Sache erspart. l. 18. pr. D. h. t. l. 77. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 28. C. de donat. (VIII. 54.) Vgl. von Savigny i. a. W. §. 27.

§. 142.

Erwerb und Verlust der quasi possessio [a]).

Zum Erwerb der quasi possessio (§. 137.) sind dieselben beyden Bedingungen, wie zum Erwerb des eigentlichen Besitzes, erforderlich, nämlich corpus und animus. Das körperliche Verhältniß besteht hierbey in der factischen Ausübung des Rechts an einer fremden Sache, und der animus in dem Willen, dieses Verhältniß zur fremden Sache als sein Recht auszuüben [b]). Es sind aber die zum Erwerb der quasi possessio geeigneten Thatsachen verschieden, je nachdem die Rechte an einer fremden Sache entweder affirmative sind, d. h.

ſolche, vermöge deren man in Bezug auf die fremde Sache Etwas thun oder vornehmen darf, das der Eigenthümer nach der natürlichen Freyheit des Eigenthums nicht zu leiden brauchte, oder negative, d. h. ſolche, vermöge deren der Eigenthümer der Sache Etwas unterlaſſen muß, das er vermöge der natürlichen Freyheit des Eigenthums thun könnte. Bey einem affirmativen Rechte nämlich wird, wenn es von der Art iſt, daß es ohne den natürlichen Beſitz der fremden Sache nicht ausgeübt werden kann, wie z. B. der Nießbrauch, die quasi possessio durch daſſelbe Handeln, wie der Beſitz der Sache ſelbſt, erworben [c]), ſonſt aber dadurch, daß man die Handlung, welche den Gegenſtand eines ſolchen Rechts ausmacht, irgend einmal als Recht ausgeübt hat [d]). Das Vorwiſſen und Geſtatten des Eigenthümers iſt zum Erwerb der dießfallſigen quasi possessio im Allgemeinen, und namentlich zum Behuf der Interdicte, nicht erforderlich [e]); wohl aber müſſen manche Rechte dieſer Art, deren Ausübung in einer eignen, unabhängigen Handlung beſteht, z. B. Wegegerechtigkeiten, binnen einer beſtimmten Zeit zu wiederholten Malen ausgeübt worden ſeyn, um durch Interdicte geſchützt werden zu können [f]). Bey negativen Rechten an einer fremden Sache wird die quasi possessio auf doppelte Art erworben: theils durch Einſpruch, nämlich ſo, daß die entgegengeſetzte Handlung vom Eigenthümer der Sache verſucht, aber vom Andern verhindert wird, ſey es durch bloßen Widerſpruch, bey dem ſich der Eigenthümer beruhigt, oder durch Gewalt, oder durch richterliches Verbot [g]), theils durch jede Rechtshandlung, welche ihrer Natur nach auch das Recht ſelbſt übertragen kann, alſo Vertrag oder letzter Wille [h]). — Uebrigens iſt der Erwerb der quasi possessio auch durch Handlungen eines Stellvertreters möglich, wobey jedoch vorausgeſetzt wird, daß derſelbe ſich nicht etwa ein eigenes Recht beylege, vermöge deſſen er die Beſitzhandlung vornimmt [i]); und eben ſo kann die quasi possessio auch durch Stellvertreter fortgeſetzt und erhalten werden, wenn nur die Ausübung des Rechts im Namen des Andern geſchieht [k]). — Der Verluſt der quasi possessio endlich erfolgt theils durch Aufgebung des Willens, das in Frage ſtehende Recht fernerhin als ſolches auszuüben [l]), theils durch eine nicht blos vorüber-

gehende Veränderung des äußern Verhältniſſes, auf welchem die quasi possessio beruht[m]).

a) Vgl. von Savigny i. a. W. §. 44 — 47. u. Unterholzner's Verjährungslehre B. 2. §. 192 — 194. §. 209. u. 214.

b) l. 25. D. quemadm. servit. amitt. (VIII. 6.) u. l. 7. D. de itin. (XLIII. 19.)

c) l. 3. pr. D. de usufr. (VII. 1.)

d) l. 20. D. de servitut. (VIII. 1.) Unterholzner iſt i. a. W. §. 209. S. 172. fgg. der Meinung, daß bey den servitutes praed. rust. die zur Ausübung des Dienſtbarkeitsbeſitzes in Gegenwart der Sache ertheilte Erlaubniß zur Begründung dieſes Beſitzes genüge, wenn auch die wirkliche Ausübung, der jedoch kein Hinderniß entgegenſtehen dürfe, nicht ſogleich erfolge. — Wenn übrigens die Ausübung des Rechts an einem fremden Grundſtück unmittelbar mit dem Beſitz eines andern Grundſtücks in Verbindung ſteht, und durch eine auf ſelbigem vorhandene, dauernde Anſtalt geſchieht, z. B. das Recht, einen Balken in das Gebäude des Nachbarn einzulegen, ſo iſt mit dem Vorhandenſeyn einer ſolchen Anſtalt für den Grundſtücksbeſitzer zugleich auch die quasi possessio jenes Rechts erworben. l. 20. pr. D. de servitut. praed. urb. (VIII. 2.) Vgl. von Savigny i. a. W. S. 535. u. 550. u. Unterholzner i. a. W. §. 192. u. §. 209. S. 172.

e) l. 20. D. de servitut. (VIII. 1.) Vgl. von Savigny i. a. W. S. 536.

f) l. 1. §. 2. u. 3. D. de itin. (XLIII. 19.)

g) l. 15. D. de oper. nov. nunciat. (XXXIX. 1.) u. l. 45. D. de dam. infect. (XXXIX. 2.)

h) In einem ſolchen Falle liegt alſo der Unterſchied zwiſchen dem Erwerbe des Rechts ſelbſt, und dem der quasi possessio blos darin, daß jenes lediglich vom wahren Eigenthümer der Sache, dieſe aber auch vom bloßen Beſitzer derſelben verſchafft werden kann. Vgl. von Savigny i. a. W. S. 553. fgg.

i) l. 1. §. 8. u. l. 3. §. 4. D. de itin. (XLIII. 19.) Vgl. Unterholzner i. a. W. §. 194.

k) l. 1. §. 7. u. 8. u. l. 3. §. 4. D. eod. l. 5. l. 6. pr. l. 20. 22. u. 24. D. quemadm. servit. amitt. (VIII. 6.)

l) Dieſer Wille kann, nach der Analogie des eigentlichen Beſitzes, nicht blos ausdrücklich, ſondern auch durch poſitive oder negative Handlungen zu erkennen gegeben werden. Dieß iſt nun in Bezug auf ſolche Rechte, deren Ausübung in ſelbſtſtändigen Handlungen beſteht, und daher nicht ununterbrochen geſchehen kann, zwar nicht ſchon bey einer nur kurzen, oder auf die gewöhnlich vorkommenden Zwiſchenräume beſchränkten Unterlaſſung des Gebrauchs anzunehmen, l. 14. pr. D. de servitut. (VIII. 1.), wohl

aber bey einer ungewöhnlich lange dauernden und nicht durch dringende äußere Ursachen veranlaßten Vernachläſſigung der Ausübung, arg. §. 7. I. de usucap. (II. 6.) l. 37. §. 1. D. de usurpat. (XLI. 3.) u. l. 4. C. h. t. Vgl. Unterholzner i. a. W. §. 214. S. 186. fgg. Anderer Mein. iſt jedoch von Savigny i. a. W. S. 528. fgg.

m) Vgl. Unterholzner i. a. W. §. 214. S. 183. fgg. Bey ſolchen Rechten an fremden Sachen, deren Ausübung den Beſitz eines Grundſtücks vorausſetzt, desgleichen bey ſolchen, welche ohne die körperliche Innehabung der fremden Sache nicht ausgeübt werden können, geht mit dem Verluſt des natürlichen Beſitzes zugleich auch die quasi possessio verloren. — Ueber einen beſondern Aufhebungsgrund des Beſitzes in Bezug auf den Nießbrauch ſ. l. 29. pr. D. quib. mod. usufr. amitt. (VII. 4.), und dazu von Savigny i. a. W. S. 530. u. Unterholzner i. a. W. S. 133.

§. 143.

Von den poſſeſſoriſchen Rechtsmitteln: 1) Retinendae possessionis interdicta [a]).

Außer den zum §. 122. angeführten Quellentiteln gehören hierher:

D. (XLIII. 17.) und C. (VIII. 6.) Uti possidetis.

Tit. D. de Utrubi. (XLIII. 31.)

Tit. Th. C. Utrubi. (Ed. Wenck.) (IV. 23.)

Zu den Schutzmitteln des Beſitzes gehören die retinendae possess. und die recuperandae possess. interdicta [b]), welche eben deßhalb, weil nur ſie als rechtliche Folgen des Beſitzes anzuſehen ſind, vorzugsweiſe poſſeſſoriſche Interdicte genannt zu werden pflegen (§. 123. Note h)). Die retinendae possess. interdicta (über deren Begriff ſ. §. 123. Nr. 2.,) ſetzen folgende, vom Kläger zu erweiſende Bedingungen voraus: 1) Daß juriſtiſcher Beſitz wirklich erworben ſey [c]). Auf die Rechtmäßigkeit deſſelben aber kommt bey dieſen Interdicten im Allgemeinen Nichts an, da jeder Beſitzer ſchon dadurch, daß er beſitzt, mehr Recht hat, als ein Anderer, der nicht beſitzt [d]). Nur in Bezug auf den Beklagten darf der Beſitz des Klägers nicht unrechtmäßig ſeyn; widrigenfalls das von ihm gebrauchte Interdict durch eine auf die Fehlerhaftigkeit ſeines Beſitzes bezügliche Einrede ausgeſchloſſen wird [e]). 2) Daß der Kläger in ſeinem Beſitze auf eine Art, worin eine Nichtanerkennung deſſelben, oder eine Ausübung des Eigenthumsbeſitzes liegt, vom

Beklagten gestört oder beeinträchtiget f), jedoch dadurch der Besitz selbst noch nicht aufgehoben worden sey g). Diese Interdicte finden insbesondere auch in dem Falle Anwendung, wenn über das Eigenthum einer Sache Streit ist, und nun zuvörderst bestimmt werden muß, welchem von beyden Theilen der Besitz, den Jeder sich beylegt, zukomme, und welcher dagegen als Kläger auftreten müsse h). Der Erstere hat alsdann vor dem Letztern den bedeutenden Vortheil voraus, daß, wenn dieser sein Eigenthum an der Sache nicht hat beweisen können, jener im Besitze bleibt, mag auch immerhin die Sache nicht die Seinige seyn i). — Die hierher gehörigen Beyspiele der retinendae possessionis interdicta sind: Das interd. *Uti possidetis* und das interd. *Utrubi* k). Jenes findet bey unbeweglichen Sachen Statt l), dieses aber bey beweglichen m). Im ältern Recht unterschieden sich beyde Interdicte auch dadurch, daß bey dem Erstern derjenige siegte, welcher zu der Zeit, wo das Interdict vom Prätor erlassen wurde, sich im Besitze befand, wenn er nur denselben weder vi, noch clam, noch precario vom Gegner erlangt hatte, bey dem Letztern aber derjenige, welcher während des größern Theils vom letztverflossenen Jahre vor angestelltem Interdicte die Sache auf eine hinsichtlich des Gegners fehlerfreye Art besessen hatte; wobey auch die Besitzzeit des Vorgängers dem Nachfolger im Besitz mit zu Gute gerechnet wurde (accessio temporis) n). Im neuern Röm. Recht aber ist das interd. Utrubi in Rücksicht der Besitzzeit dem interd. Uti possidetis völlig gleichgestellt worden, so daß es also lediglich auf die Zeit des gegenwärtigen Besitzes ankommt o). Der Zweck beyder Interdicte geht auf Untersagung der Beeinträchtigung im Besitze p), und auf Ersatz des durch die Besitzstörung verursachten, positiven und negativen Schadens q). Ferner sind beyde Interdicte duplicia r); und es kann mithin auch der Kläger condemnirt werden, wenn sich findet, daß der Beklagte wirklich besitzt, oder wenn der Kläger vi, oder clam, oder precario den Besitz vom Beklagten erlangt hat s). Uebrigens müssen beyde Interdicte innerhalb Jahresfrist, von der geschehenen Störung an gerechnet, angestellt werden t). Nach Ablauf des Jahres findet nur noch in so fern eine Klage Statt, als der Gegner durch die Besitzstörung Etwas gewonnen hat u).

a) Vgl. von Savigny i. a. W. §. 35—39., Albert Ueber das interd. Uti possidetis der Römer, Halle 1824., Wiederhold Das interd. Uti possidetis u. ſ. w.

b) l. 1. §. 4. D. h. t. (XLIII. 17.) „. . . . omnis de possessione controversia aut eo pertinet, ut, quod non possidemus, nobis restituatur, aut ad hoc, ut retinere nobis liceat, quod possidemus. . . . .“

c) l. 3. §. 8. D. eod. §. 5. I. de interdict. (IV. 15.) u. l. 9. D. de rei vindic. (VI. 1.) Vgl. von Savigny i. a. W. S. 430. 438. fgg. u. 445.

d) l. 2. D. h. t. (XLIII. 17.) „Justa enim, an injusta *adversus ceteros* possessio sit, in hoc interdicto nihil refert; qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet.“ Vgl. auch §. 134. Note b) u. c).

e) l. 1. pr. §. 5. u. §. 9. D. eod. l. 1. §. 1. D. h. t. (XLIII. 31.) §. 4. I. de interdict. (IV. 15.) u. l. un. C. h. t.

f) l. 3. §. 2. D. h. t. (XLIII. 17.) „Hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur; *etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione.*“ l. 3. §. 3. u. 4. D. eod. l. 1. §. 1. D. h. t. (XLIII. 31.) l. 12. D. commun. divid. (X. 3.) l. 52. §. 1. D. de acquir. possess. (XLI. 2.) l. 11. D. de vi (XLIII. 16.) Vgl. Wiederhold a. a. O. S. 33. fgg. und Mühlenbruch's Lehrb. d. Pand. §. 243. Note 10).

g) l. 1. §. 4. D. h. t. (XLIII. 17.) „. . . . . hoc interdictum tuetur, ne amittatur possessio . . . .“ l. 1. §. 6. D. eod. — l. 1. §. 1. D. h. t. (XLIII. 31.) „. . . . ut is et in hoc interdicto vincat, qui . . . . , dum super hoc ab adversario inquietatur, possessionem habet.“

h) Gaj. IV. §. 148. §. 4. I. de interdict. (IV. 15.) l. 1. §. 2. u. 3. D. h. t. (XLIII. 17.) u. l. 35. D. de acquir. possess. (XLI. 2.) Vgl. von Savigny i. a. W. S. 421. fgg. u. 428. fgg.

i) §. 4. I. cit. „. . . . Commodum autem possidendi in eo est, quod, etiamsi ejus res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio; propter quam causam, cum obscura sint utriusque jura, contra petitorem judicari solet. . . . “

k) Gaj. IV. §. 148. Paul. V. 6. §. 1. u. §. 4. I. cit. — Dem interd. Uti possidetis analog iſt ein eigenthümliches, auf den Schutz einer superficies abzweckendes Interdict, l. 1. §. 2. D. de superfic. (XLIII. 18.); wovon ſpäter bey Gelegenheit dieſes Rechtsverhältniſſes, ſo wie von den auf den Schutz der quasi possessio gerichteten Interdicten in der Lehre von den Servituten zu handeln iſt.

l) Gaj. IV. §. 140. u. §. 4. I. cit. l. 1. pr. D. h. t. (XLIII. 17.) „Ait Praetor: *Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto. De cloacis hoc interdictum non dabo; neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.*“ — Bey Festus v. *possessio* wird, wahrscheinlich nach Gallus Aelius, deſſen im Anfange dieſer Stelle gedacht wird, die hierher gehörige Interdictsformel mit folgenden Worten angeführt: „*Uti nunc possidetis eum fundum, Q. D. A., quod nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis; adversus ea vim fieri veto.*“ Die hauptſächlichſte Verſchiedenheit zwiſchen dieſen beyden Formeln beſteht darin, daß in der einen von *fundus*, in der andern hingegen von *aedes* die Rede iſt. In dieſer Hinſicht vermuthen nun von Savigny i. a. W. S. 182. u. Niebuhr in der Röm. Geſch. Th. 2. S. 169., daß die bey Fest. vorkommende Formel die ältere ſey, und den fundus (Landgrundſtück) wegen der urſprünglichen Beziehung der possessio auf den ager publicus (vgl. §. 134.) erwähne; daß man aber ſpäterhin, als dieſe Beziehung immer mehr in Vergeſſenheit gerathen, ſtatt des fundus, die Erwähnung der aedes, als des für Rom wichtigſten Beyſpiels von Grundſtücken, in das Edict aufgenommen habe. Huſchke dagegen a. a. O. S. 111. fgg. ſucht es wahrſcheinlich zu machen, daß im Edict zwey verſchiedene Stellen über das interd. Uti possidetis, eine für den fundus, eine andere für aedes, vorgekommen ſeyen, und daß man, da beyde dem Weſen nach daſſelbe enthielten, nur die eine, und zwar die vollſtändigere, in die Pandekten aufgenommen habe.

m) Gaj. IV. §. 149. §. 4. I. de interd. (IV. 15.) l. 1. pr. D. h. t. (XLIII. 31.) „Praetor ait: *Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto.*“ Daß dieſes Edict, obgleich es nur des Sclaven (homo) gedenkt, doch überhaupt auf bewegliche Sachen bezogen wurde, ergiebt ſich aus der unmittelbar darauf folgenden Erklärung Ulpian's im §. 1. der l. c. „Hoc interdictum de possessione *rerum mobilium* locum habet; . . . .“, ſo wie aus den zu Anfange dieſer Note citirten Stellen.

n) Gaj. IV. §. 150 — 152. Paul. V. 6. §. 1. Vatic. Fr. §. 293. Daß es nun aber bey dem interd. Utrubi ehedem nicht gerade auf den gegenwärtigen Beſitzſtand ankam, ſondern nur darauf, daß der Kläger im letztverfloſſenen Jahre länger, als ſein Gegner, den Beſitz ausgeübt hatte, geht hauptſächlich aus Theophil. IV. 15. §. 4. hervor; und es wurde alſo, wenn der Kläger zur Zeit des angeſtellten Interdicts ſich nicht im Beſitz der Sache befand, durch eine Fiction der Beſitz während des größern Theils vom letztverfloſſenen Jahre für den gegenwärtigen Beſitz genommen. Vgl. von Savigny i. a. W. S. 447 — 454. Auch wurde die major pars anni nur relativ berechnet. l. 156. D. de verb. signif. (L. 16.) „Majore parte anni possedisse quis intelligitur

etiam si duobus mensibus possederit, si modo adversarius ejus aut paucioribus diebus, aut nullis possederit.“

o) §. 4. I. de interdict. (IV. 15.) „. . . . Hodie tamen aliter observatur; nam utriusque interdicti potestas, quantum ad possessionem pertinet, exaequata est, ut ille vincat et in re soli et in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario litis contestationis tempore detinet.“ Dieſe Gleichſtellung beyder Interdicte wird auch ſchon in der l. 1. §. 1. D. h. t. (XLIII. 31.) erwähnt; was jedoch ohne Zweifel, wie aus den in der vorigen Note z. A. citirten Stellen hervorgeht, auf einer Interpolation beruht. Vgl. von Savigny i. a. W. S. 446. Daß jedoch dieſe Gleichſtellung beyder Interdicte erſt von Juſtinian herrühre, wie von Savigny a. a. O. annimmt, iſt theils um deßwillen unwahrſcheinlich, weil das in der angef. Inſtitutionenſtelle vorkommende Wort: *observatur*, mehr auf ein Gewohnheitsrecht, als auf eine ausdrückliche Verordnung hindeutet, (vgl. Schrader zu dieſer Stelle in ſeiner Inſtitut. Ausg. p. 730.,) theils aus dem Grunde, weil ſonſt auch in den Inſtitutionen die Neuerungen Juſtinian's ausdrücklich als ſolche bemerkt und hervorgehoben zu werden pflegen.

p) l. 1. §. 4. D. h. t. (XLIII. 17.) „. . . . hoc interdictum . . . . hujus rei causa redditur, ne vis fiat ei, qui possidet. . . . Denique Praetor possidenti vim fieri vetat. . . .“. Darauf gehen auch die Worte des Edicts: vim fieri veto. Vgl. Note l) u. m).

q) l. 1. pr. u. l. 3. §. 11. D. eod. „. . . . *quanti res est*, sic accipimus, quanti uniuscujusque interest, possessionem retinere. . . .“

r) l. 3. §. 1. D. eod. Gaj. IV. §. 160. u. §. 7. I. de interdict. (IV. 15.) Vgl. §. 123. Nr. 3.

s) l. pr. u. §. 5. l. 3. pr. D. h. t. (XLIII. 17.) Vgl. von Savigny i. a. W. S. 433. fgg.

t) l. 1. pr. D. eod. In Bezug auf das interd. Utrubi findet ſich zwar die Beſchränkung ſeines Gebrauchs auf eine einjährige Friſt nicht ausdrücklich beſtimmt; doch ſcheint ſie für das ältere Recht aus der Berechnung des Beſitzſtandes nach dem letztverfloſſenen Jahre zu folgen, und für das neuere Recht ergiebt ſie ſich aus der Gleichſtellung dieſes Interdicts mit dem interd. Uti possidetis. Vgl. von Savigny i. a. W. S. 457.

u) l. 4. D. de interdict. (XLIII. 1.)

§. 144.

2) Recuperandae possessionis interdicta [a]).

Tit. D. de vi, et de vi armata. (XLIII. 16.)
Th. C. (IV. 22.) u. J. C. (VIII. 4.) Unde vi.
D. (XLIII. 26.) u. C. (VIII. 9.) de precario.

Zu den recuperandae possessionis interdicta (über deren Begriff s. §. 123. Nr. 2.,) gehören folgende drey: Das interd. Unde vi, (a. u., welches, als das wichtigste Beyspiel der hierher gehörigen Interdicte, in unsern Quellen gewöhnlich allein in dieser Kategorie aufgeführt wird [b]),) das de clandestina possessione, und das de precario. — 1) In Bezug auf die vis gab es ehedem ein doppeltes Interdict, eines über die vis überhaupt, und ein anderes über die vis armata (oder de hominibus armatis) [c]); späterhin sind jedoch Beyde in das allgemeine interdictum Unde vi zusammengeschmolzen worden [d]), obwohl auch im Justinianischen Rechte noch bisweilen der vis armata, und einzelner bey ihr vorkommender Modificationen gedacht wird [e]). Das *interdictum Unde vi* tritt nun also überhaupt in Folge einer gewaltsamen Besitzentsetzung ein [f]), gleichviel, ob sie durch unmittelbares Herauswerfen aus dem Besitz, oder durch gewaltsames Abhalten von dem Wiedereintritt in denselben geschehen ist [g]), und geht auf Wiedererlangung des Besitzes und Erstattung des durch die gewaltsame Besitzentziehung verursachten, positiven und negativen Schadens [h]). Es findet jedoch nur bey unbeweglichen Sachen Statt [i]), und, wenigstens nach dem Rechte zur Zeit der classischen Juristen, auch nur im Fall einer *atrox vis* [k]), d. h. einer bedeutenden oder gefährlichen Gewaltthätigkeit [l]), mag sie in einem unmittelbaren Angriff gegen die Person des Besitzers bestehen [m]), oder auf eine andere, gefahrdrohende und furchterregende Art ausgeübt worden seyn [n]), wenn nur die dießfallsige Gefahr keine zukünftige, sondern eine unmittelbar gegenwärtige war [o]). Doch kann nach einer Verordnung Justinian's das interd. Unde vi auch dann Platz ergreifen, wenn Jemand die erledigte Besitzung (vacua possessio) eines abwesenden Eigenthümers eigenmächtig in Beschlag genommen hat [p]). — In der Person des Klägers setzt dieses Interdict

voraus, daß er juriſtiſchen Beſitz zur Zeit der Dejection wirklich gehabt habe [q]), gleichviel, ob es ein rechtmäßiger oder unrechtmäßiger Beſitz war [r]), und ob ihn der Beſitzer in eigner Perſon, oder durch Stellvertreter ausübte [s]). Hatte er indeſſen vom Beklagten ſelbſt den Beſitz vi, oder clam, oder precario erlangt, ſo konnte er im ältern Recht, jedoch mit Ausnahme des Falles, wenn eine vis armata gegen ihn ausgeübt worden war, das interd. Unde vi nicht mit Erfolg brauchen [t]); im neuern Recht dagegen iſt auch in einem ſolchen Fall das Interdict wirkſam [u]). Auch kommt es den Erben und andern Nachfolgern des aus dem Beſitz Verdrängten zu [v]). — Was den Beklagten anlangt, ſo findet es nicht nur gegen den unmittelbaren Urheber der Gewaltthätigkeit Statt [x]), ſondern auch gegen den mittelbaren, d. h. der ſie durch einen Andern hat ausüben laſſen [y]), ſo wie auch gegen den Herrn, deſſen Sclaven (familia) die gewaltſame Beſitzentſetzung vorgenommen haben [z]); gegen einen Andern aber, in deſſen Abhängigkeit der Urheber der Gewaltthätigkeit ſteht, oder in deſſen Namen die Letztere ausgeübt wurde, iſt es nur in ſo weit zuläſſig, als jener aus der gewaltſamen Beſitzentſetzung einen Vortheil gezogen hat [aa]). Auch die Erben können nur in ſo weit, als ſie durch die gewaltſame Handlung ihres Erblaſſers bereichert worden ſind, oder es ohne ihren dolus ſeyn würden, durch eine in factum actio in Anſpruch genommen werden [bb]), während dagegen derjenige, welcher nur durch eine Singularſucceſſion die vom Andern gewaltſam beſeſſene Sache bekommen hat, z. B. als Käufer, außer Verbindlichkeit iſt [cc]). Gegen Eltern und Patrone tritt an die Stelle des interd. Unde vi, außer im Fall einer vis armata, eine in factum actio ein [dd]). Uebrigens iſt dieſes Interdict, ſofern der Kläger dadurch vollen Schadenserſatz erlangen will, auf die Zeit eines utilis annus beſchränkt [ee]); nachher iſt es nur noch in ſo weit ſtatthaft, als der Beklagte durch die gewaltſame Beſitzentſetzung einen Vortheil erlangt hat [ff]). — 2) Das *de clandestina possessione interdictum*, deſſen nur einmal in unſern Quellen Erwähnung geſchieht [gg]), fand im ältern Recht wahrſcheinlich im Fall einer mit abſichtlicher Verheimlichung gegen den bisherigen Beſitzer geſchehenen Occupation eines Grundſtücks Statt, und zweckte auf Wiedererlangung des dadurch entzogenen Beſitzes und auf

Schadensersatz ab. Im neuern Röm. Rechte aber, wie es schon zur Zeit der spätern Digestenschriftsteller galt, ist dieses Interdict nicht mehr anwendbar, weil nämlich durch heimliche Occupation eines Grundstücks, wenn nicht noch etwas Anderes hinzukommt, der Besitz nicht mehr verloren geht (§. 141. Note l))[hh]). — 3) Das *interd. de precario* (oder de precariis, oder precarium interd.[ii]),) kommt demjenigen, welcher den Gebrauch einer Sache dem Andern auf beliebigen Widerruf gestattet hat, alsdann zu, wenn der Empfänger, oder sein Erbe, die Restitution der Sache verweigert[kk]), und geht auf Zurückgabe der Sache, und auf Schadensersatz[ll]). Ursprünglich war es nur auf unbewegliche Sachen beschränkt[mm]), wurde aber in der Folge auch auf bewegliche Sachen angewendet[nn]). Uebrigens findet es auch nach Ablauf eines Jahres Statt[oo]), fällt jedoch weg, wenn man sich wegen der Restitution der Sache hat Caution bestellen lassen[pp]).

a) Vgl. von Savigny i. a. W. §. 40 — 43.

b) Gaj. IV. §. 154. §. 6. I. de interd. (IV. 15.) l. 2. §. 3. D. eod. (XLIII. 1.) l. 1. §. 4. D. Uti possid. (XLIII. 17.) Uebrigens heißt dieses Interdict bisweilen auch *interd. de vi*, z. B. bey Cic. pro *Tull.* c. 44., und in kaiserlichen Constitutionen: *momentariae possessionis interdictum*, l. 8. C. h. t. (VIII. 4.), oder *momentaneae possessionis actio*, l. 3. C. qui legit. pers. in jud. hab. (III. 6.), oder auch *momenti actio*, l. 6. Th. C. h. t.

c) Diese beyden Interdicte unterscheidet Cic. pro *Caecin.* c. 31. u. 32. ausdrücklich „. . . . Ad duas dissimiles res *duo dijuncta interdicta* sunt . . . .," und im Gegensatz der vis armata nennt er die gewöhnliche Gewalt: vis quotidiana, und das darauf bezügliche Interdict: quotidianum interdictum. Doch glaubt von Savigny i. a. W. S. 459., daß es im Grunde nur ein einziges interd. de vi gegeben habe, welches bald auf regelmäßige Weise (wegen der gewöhnlichen Gewalt), bald mit einigen schärfenden Ausnahmen zum Nachtheil des Beklagten (wegen der vis armata) gebraucht worden sey.

d) l. 1. pr. D. h. t. (XLIII. 16.) „Praetor ait: *Unde tu illum vi dejecisti, aut familia tua dejecit, de eo, quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum, qui vi dejecit, pervenerit, judicium dabo.*" Ehedem lautete die hierher gehörige Interdictsformel ganz anders, Cic. pro *Tull.* c. 44., und namentlich hieß es am Ende derselben nicht: judicium dabo, sondern: *ei restituas*, Cic. pro *Caecin.* c. 30., wie es auch die Na-

tur einer eigentlichen Interdictsformel mit ſich brachte. Vgl. §. 122. Note b) u. h).

e) Z. B. l. 1. §. 43. l. 3. pr. u. l. 14. D. h. t. (XLIII. 16.) Auch in der Ueberſchrift dieſes Titels wird noch die vis armata von der vis ſchlechthin unterſchieden.

f) l. 1. §. 1. D. eod. Gaj. IV. §. 154. §. 6. I. de interdict. (IV. 15.)

g) Cic. pro *Caecin.* c. 30. u. 31. l. 6. §. 1. in f. D. de acquir. possess. (XLI. 2.) l. 1. §. 24. l. 3. §. 8. u. 14. D. h. t. (XLIII. 16.)

h) l. 1. §. 1. 31. u. 40—42. l. 6. 15. u. 19. D. eod. l. 4. C. h. t. (VIII. 4.) Vgl. von Savigny i. a. W. S. 487. fgg.

i) Paul. V. 6. §. 5. l. 1. §. 3—8. D. eod. Namentlich heißt es im §. 6. cit. „Illud utique in dubium non venit, *interdictum hoc ad res mobiles non pertinere;* nam ex causa furti, vel vi bonorum raptorum actio competit; potest et ad exhibendum agi. Plane si quae res sint in fundo vel in aedibus, unde quis dejectus est, etiam earum nomine interdictum competere, non est ambigendum.“ Ueber die Gründe davon vgl. von Savigny i. a. W. S. 474. fgg. Wenn nun aber Derſelbe S. 479. fgg. behauptet, daß im neuern Röm. Recht, und zwar zufolge der von Valentinian über die Selbſthülfe erlaſſenen Verordnung, (l. 3. Th. C. h. t. od. l. 7. J. C. h. t. [VIII. 4.],) das interdictum Unde vi auf bewegliche Sachen eben ſowohl, als auf unbewegliche, anwendbar ſey, ſo möchte dieſer Anſicht außer andern Gründen (vgl. Mühlenbruch's Lehrb. d. Pand. §. 244. Note 7., u. die daſelbſt angef. Schriftſteller,) auch der Umſtand entgegenſtehen, daß, wenn dieſe Erweiterung wirklich erfolgt wäre, höchſt wahrſcheinlich auch im Sinne derſelben jene Pandektenſtellen interpolirt ſeyn würden, wie dieß ja die Compilatoren auch in Bezug auf das interdictum Utrubi in der l. 1. §. 1. D. de Utrubi (XLIII. 31.) nicht verabſäumt haben. Vgl. §. 143. Note o).

k) l. 1. §. 3. D. h. t. (XLIII. 16.) „. . . . *Ad solam* autem *atrocem vim* pertinet hoc interdictum, ...“

l) Nach von Savigny's Meinung i. a. W. S. 467. ſoll *atrox vis* die Richtung der gewaltthätigen Handlung auf die Perſon des Beſitzers oder ſeines Repräſentanten bezeichnen; allein dieß ſcheint weder dem urſprünglichen Wortſinne, noch dem Zuſammenhange, in welchem in der l. 1. u. l. 3. §. 1. D. quod met. causa (IV. 2.) die *vis atrox* (als Urſache von der Furcht eines größern Uebels [majoris malitatis], l. 5. D. eod.,) erwähnt wird, angemeſſen zu ſeyn. Cic. pro *Caecin.* c. 16. braucht dafür den Ausdruck: *magna vis,* und wenn er gleichwohl ebendaſelbſt ſagt, daß bey Streitigkeiten unter der vis eine *pertenuis* vis verſtanden werden müſſe, ſo bezieht ſich dieß, wie der Zuſammenhang ergiebt, zunächſt darauf, daß es bey dem Begriff der Gewaltthätigkeit nicht auf eine Mehrheit von Menſchen, von der ſie ausgeübt werde, ankomme.

m) Paul. V. 6. §. 4. u. 6. l. 1. §. 29. D. h. t. (XLIII. 16.)

n) Cic. pro *Caecin.* c. 16. „. . . . Omnis enim vis est, quae *periculo* aut decedere nos alicunde cogit, aut prohibet accedere. . . .“ Paul. V. 6. §. 4. l. 1. §. 29. D. cit. „. . . . Labeo ait, eum, qui metu turbae perterritus fugerit, videri dejectum; sed Pomponius ait, vim sine corporali vi locum non habere; ego, etiam eum, qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri vi dejectum.“

o) Paul. l. c. l. 1. §. 29. l. 3. §. 6. u. 7. D. eod. l. 9. pr. D. quod met. causa (IV. 2.) u. l. 33. §. 2. D. de usurpat. (XLI. 3.) Vgl. von Savigny i. a. W. S. 471.

p) l. 11. C. h. t. (VIII. 4.) Das Neue, was dieſe Conſtitution in der hierher gehörigen Beziehung eingeführt hat, ſcheint alſo darin zu liegen, daß auch ohne die Vorausſetzung einer atrox vis, das interd. Unde vi im angegebenen Falle Statt finden ſoll. And. Mein. iſt jedoch von Savigny i. a. W. S. 521. fgg.

q) l. 1. §. 9. 23. u. 26. D. h. t. (XLIII. 16.) Ueber die Behauptung Cicero's pro *Caec.* c. 31. u. 32., daß das interdictum de vi *armata* nicht durch Beſitz bedingt geweſen ſey, ſ. von Savigny i. a. W. S. 463. fgg. — Daß in der l. 12. u. l. 18. pr. D. eod. dem Pachter das interd. Unde vi beygelegt wird, iſt daraus zu erklären, weil derſelbe durch eine vorher von ihm ſelbſt ausgeübte Gewaltthätigkeit ſich den juriſtiſchen Beſitz, freylich auf unrechtmäßige Weiſe, verſchafft hatte.

r) l. 1. §. 1. 9. 10. u. 30. l. 12. u. l. 18. pr. D. eod.

s) l. 1. §. 22. u. l. 20. D. eod. l. 1. Th. C. h. t. od. l. 1. J. C. si per vim (VIII. 5.) Durch dieſe Verordnung Conſtantin's iſt in dem Falle, wenn während des Beſitzers Abweſenheit ſeine Stellvertreter aus dem Beſitze verdrängt worden ſind, den Letztern geſtattet worden, auch ohne ausdrücklichen Auftrag des Beſitzers, zu deſſen Beſten das interdictum Unde vi zu gebrauchen. — Wenn übrigens zwar der Beſitzer ſelbſt aus dem Beſitze verdrängt iſt, aber ſeine Stellvertreter ſich darin behauptet haben, ſo kommt jenem, da er durch die Letztern den Beſitz fortſetzt, das interd. Unde vi nicht zu. l. 1. §. 45. D. h. t. (XLIII. 16.)

t) Cic. pro *Caecin.* c. 32., pro *Tull.* c. 44. Gaj. IV. §. 154. Paul. V. 6. §. 7. — Ueber die Ausnahme bey'm interd. de vi armata vgl. Cic. pro *Caecin.* c. 8. 22. u. 32., Gaj. IV. §. 155. u. l. 14. D. h. t. (XLIII. 16.)

u) §. 6. I. de interdict. (IV. 15.) „. . . . interdictum Unde vi, per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem, *licet is ab eo, qui vi dejecit, vi, vel clam, vel precario possidebat.* . . .“ Dieß iſt wohl eine Folge von der in der Note i) erwähnten Verordnung Valentinian's, nach welcher man durch gewaltſame Beſchlagnehmung einer in fremdem Beſitz befindlichen Sache ſogar das Eigenthum daran ver-

keren ſoll, um ſo mehr alſo alles Recht aus dem bloßen Beſitze. Vgl. von Savigny i. a. W. S. 494. fgg.

v) l. 1. §. 44. D. h. t. (XLIII. 16.)

x) Auf dieſen geht zunächſt die Interdictsformel in der l. 1. pr. D. eod.: „Unde *tu* .... vi dejecisti, ...“

y) Des Bevollmächtigten (procurator) gedachte ausdrücklich eine ältere, bey Cic. pro *Tull.* c. 44. vorkommende Interdictsformel: Unde tu .... *aut procurator tuus* .... vi dejecisti. ....“ Von noch weiterm Umfange war eine andere, erſt zu Cicero's Zeiten aufgekommene Interdictsformel: „Unde (de) dolo malo tuo ..... vi detrusus est;“ denn dieſe ſchloß auch den Fall in ſich, wenn Jemand Rath und Anſchlag zur gewaltſamen Beſitzentſetzung gegeben hätte. Cic. pro *Tull.* c. 29. (Anders erklärt dieſe Stellen von Savigny i. a. W. S. 468. fgg. Späterhin aber interpretirte man die Worte: „Unde *tu*.... vi dejecisti,“ ſo, daß man ſie auch mit auf den Fall des Auftrags oder Befehls zur Gewaltthätigkeit bezog. l. 1. §. 12—15. u. l. 3. §. 10—12. D. eod.

z) l. 1. pr. §. 11. u. 15—19. D. eod.

aa) l. 1. §. 20. l. 4. u. l. 16. (nach der Florent. Lesart) D. eod. Ueber die letztere Stelle ſ. jedoch von Savigny i. a. W. S. 488. Note 2).

bb) l. 1. §. 48. l. 2. l. 3. pr. u. l. 9. pr. D. eod.

cc) l. 3. §. 10. D. Uti possidet. (XLIII. 17.)

dd) l. 1. §. 43. D. h. t. (XLIII. 16.)

ee) l. 1. pr. u. §. 39. D. eod. l. 2. C. h. t. (VIII. 4.) Dieſe Zeitbeſchränkung fand ehedem bey der vis armata nicht Statt, Cic. ad Fam. XV. 16., welche Ausnahme jedoch in Juſtinian's Sammlungen nicht mit aufgenommen iſt. Dagegen fällt nach dem neuern Recht jene Zeitbeſchränkung in dem Falle weg, wenn die Stellvertreter eines abweſenden Beſitzers aus dem Beſitz verdrängt worden ſind. l. 1. C. si per vim. (VIII. 5.)

ff) l. 1. pr. u. l. 3. §. 1. D. h. t. (XLIII. 16.) l. 2. u. l. 11. in f. C. h. t. (VIII. 4.) l. 7. §. 5. D. commun. divid. (X. 3.)

gg) l. 7. §. 5. D. cit. „.... si clam dicatur possidere, ... *de clandestina possessione* competere *interdictum* inquit.“ (dieſes „inquit“ bezieht ſich auf Julian.)

hh) Vgl. von Savigny i. a. W. §. 41.

ii) l. 14. u. l. 15. §. 3. D. h. t. (XLIII. 26.)

kk) l. 2. pr. D. eod. „Alt Praetor: *Quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas.*“ l. 2. §. 1. u. 2. u. l. 15. pr. D. eod. — Daß dieſes Interdict auch gegen die Erben Statt fände, leugneten manche Röm. Juriſten. Paul. V. 6. §. 12. u. l. 11. D. de divers. temporal. prae-

script. (XLIV. 3.) Im Justinianischen Recht aber ist die entgegengesetzte Meinung vorherrschend. l. 8. §. 8. D. h. t. (XLIII. 26.) u. l. 2. C. h. t. (VIII 9.) Vgl. von Savigny i. a. W. S. 511. fgg.

ll) l. 2. pr. u. §. 1. u. l. 8. §. 4. D. eod. Bis zur Zeit des angestellten Interdicts haftet der Beklagte blos für dolus und culpa lata, nachher aber für jede culpa und omnis causa. l. 8. §. 3 — 6. D. eod.

mm) Dieß ergiebt sich theils aus der Analogie des interd. Unde vi, theils aus Isid. Or. V. 25. Vgl. von Savigny i. a. W. S. 510.

nn) l. 4. pr. D. eod.

oo) l. 8. §. 7. D. eod.

qq) l. 15. §. 3. D. eod.

Zusatz. Bey Gelegenheit des interdictum Unde vi wird in unsern Quellen, und zwar in der l. 1. §. 2. D. h. t. (XLIII. 16.) u. §. 6. I. de interdict. (IV. 15.), auch der auf Gewaltthätigkeit und deren Bestrafung bezüglichen leges, namentlich der lex Julia de vi privata (Gewalt ohne Waffen), und de vi publica (Gewalt mit Waffen), und kaiserlichen Verordnungen gedacht; und im Codex stehen unter dem Titel: Unde vi, Einige der wichtigsten, gegen Eigenmacht und Selbsthülfe (vgl. §. 100.) gerichteten Constitutionen.

Zweiter Abschnitt.

Vom Eigenthume.

Ulp. XIX. de dominiis et acquisitionibus rerum.

Tit. I. de rerum divisione. (II. 1.)

Tit. D. de acquirendo rerum dominio. (XLI. 1.)

Ueber die hierher gehörige Literatur s. Mackeldey's Lehrb. des heut. Röm. Rechts B. 2. S. 36. fgg.

Erstes Capitel.

Von der Natur und den verschiedenen Arten des Eigenthums.

§. 145.

Begriff und Natur des Eigenthums überhaupt.

Dominium heißt überhaupt das rechtliche Gewaltverhältniß zu einer Sache, und wird in diesem weitern Sinne auch

auf Rechte an fremden Sachen, namentlich auf Servituten, desgleichen auf das Recht an einer Erbschaft angewendet [a]), wie denn auch der Ausdruck *dominus* bisweilen auf den Erben, ja selbst auf den Usufructuar bezogen wird [b]). Im engern und eigentlichen Sinne aber, der hierher gehört, ist *dominium* gleichbedeutend mit *proprietas*, [c]), und bezeichnet also das Eigenthumsrecht, (ebenfalls im engern oder vorzüglichern Sinne genommen [d]),) d. h. dasjenige Recht an einer körperlichen Sache, vermöge dessen man sie, als die Seinige, ausschließlich zu gebrauchen, und beliebig darüber zu verfügen berechtiget ist [e]); und eben so wird auch der Ausdruck *dominus* im engern Sinne, oder *corporis dominus*, gleichbedeutend mit *proprietarius*, also für den Eigenthümer, genommen [f]), so daß der dominus in diesem Sinne ausdrücklich von einem solchen unterschieden wird, dem nur ein Recht an einer fremden Sache zusteht [g]). — Das Eigenthum ist nun der Inbegriff aller, an einer Sache möglichen Rechte, und enthält daher nach seinem natürlichen Umfange, d. h. sofern es nicht aus besondern Gründen beschränkt ist, folgende Befugnisse: 1) Das Recht, die Sache zu besitzen [h]), und auf jede erlaubte Art zu benutzen [i]). 2) Das Recht, über die Substanz der Sache selbst beliebig zu verfügen, mithin sie zu verändern, oder auch ganz oder theilweise zu verbrauchen, oder zu zerstören [k]). 3) Das Recht, alle Andern von jedem Gebrauch der Sache, selbst einem an sich unschädlichen, auszuschließen [l]). 4) Das Recht, die Sache bey jedem Besitzer derselben in Anspruch zu nehmen und ihm abzufordern [m]). 5) Das Recht, sich von der Sache loszusagen [n]), oder sie zu veräußern, oder auch einzelne Rechte daran Andern zu überlassen [o]). — Uebrigens können auch Manche der angegebenen Befugnisse beschränkt, oder einzelne Bestandtheile des Eigenthums davon getrennt seyn, ohne daß darum der Begriff und das Wesen desselben aufgehoben wird [p]).

a) l. 3. in f. D. si usufr. pet. (VII. 6.) l. 15. §. 8. D. quod vi aut clam (XLIII. 24.) l. 2. Th. C. de matern. bon. (VIII. 18.) — l. 70. §. 1. D. de verb. signif. (L. 16.) — Diese allgemeine Bedeutung von dominium will von Buchholtz in den Versuchen ꝛc. S. 103. Note 106) nicht anerkennen. S. dagegen Büchel in den Civilrechtl. Erört. Nr. 2. S. 48. Vgl. auch Mühlenbruch's Lehre von der Cession S. 5. fgg.

b) §. 7. I. de hered. qual. (II. 19.) l. 48. pr. D. de hered. instit. (XXVIII. 5.) — l. 8. pr. D. de rebus auctor. jud. possid. (XLII. 5.) — Auch bey Rechtsverhältniſſen anderer Art kommt bisweilen *dominus* vor, z. B. *dominus litis*, l. 4. §. 5. in f. D. de appellat. (XLIX. 1.), *dominus contractus*, l. 2. C. per quas pers. nob. acquir. (IV. 27.) In ganz allgemeiner Beziehung auf Rechte überhaupt braucht ſchon Cic. pro *Balbo* c. 13. dieſen Ausdruck: „. . . . . sui quemque juris et retinendi et dimittendi esse *dominum*. . . . .“

c) l. 13. pr. D. h. t. Dieſe Bedeutung von dominium liegt den oben angeführten Titelrubriken aus Ulpian und den Digeſten zum Grunde, und iſt überhaupt in unſern Quellen die gewöhnliche. Uebrigens werden beyde Ausdrücke bisweilen auch mit einander verbunden: dominium proprietatis, z. B. l. 17. D. quib. mod. usufr. amitt. (VII. 4.)

d) Denn im weitern Sinne pflegt man auch das Wort Eigenthum auf Alles, was zu unſerm Vermögen gehört, zu beziehen, eben ſo, wie dieß mit dem Wort *bona* und ähnlichen Röm. Ausdrücken der Fall iſt. Vgl. §. 50. Note i) k) u. m).

e) Daraus, daß nur körperliche Sachen Gegenſtände des Eigenthums ſeyn können, iſt es zu erklären, daß im Röm. Recht oft die Ausdrücke: *corpus* oder res corporalis, im Gegenſatz von andern Rechten, als dem Eigenthume, vorkommen. Vgl. §. 58. Note h).

f) l. 1. §. 1. D. de SC. Silan. (XXIX. 5.) l. 46. §. 1. D. de furt. (XLVII. 2.) Auch heißt der Eigenthümer bisweilen *dominus proprietatis* (a. u.) z. B. l. 15. §. 6. u. 7. D. de usufr. (VII. 1.) l. 16. §. 1. D. de usu (VII. 8.) l. 12. D. ad. leg. Aquil. (IX. 2.)

g) l. 30. D. de noxal. act. (IX. 4.) l. 13. §. 1. u. l. 19. pr. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) l. 43. §. 12. in f. u. l. 46. §. 1. D. de furt. (XLVII. 2.) l. 8. §. 1. C. de praescript. XXX. ann. (VII. 39.) — In der l. 22. pr. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.) wird vom Uſufructuar der Ausdruck: *quasi dominus* gebraucht.

h) l. 1. §. 1. u. l. 12. §. 1. D. de acquir. possess. (XLI. 2.)

i) l. 24. §. 12. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) l. 1. §. 11. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.) l. 13. §. 7. D. de injur. (XLVII. 10.) Vgl. §. 91. Note b — e).

k) arg. l. 25. §. 11. D. de hered. petit. (V. 3.) l. 21. C. mandat. (IV. 35.) l. 14. C. de contrah. emt. (IV. 38.)

l) §. 2. I. de action. (IV. 6.) l. 16. D. de serv. praed. rust. (VIII. 3.) l. 13. §. 1. D. commun. praed. (VIII. 4.) l. 3. §. 1. in f. D. h. t. l. 11. C. de servit. (III. 34.)

m) l. 9. l. 23. pr. u. l. 27. §. 1. D. de rei vindic. (VI. 1.)

n) §. 47. I. h. t. l. 6. §. 2. in f. D. si serv. vind. (VIII. 5.)

o) Vgl. §. 96. Note q — t).

p) l. 1. §. 1. D. de SC. Silan. (XXIX. 5.) l. 25. pr. D. de verb. signif. (L. 16.)

Zuſatz. Die im Eigenthum enthaltenen Rechte theilt man gewöhnlich in Proprietäts- und Nutzungsrechte ein, und bezieht die Erſtern auf die Subſtanz der Sache und die Dispoſition darüber, die Letztern aber auf den Gebrauch und die Benutzung der Sache; doch iſt dieſe Eintheilung überflüßig, und kann leicht zu falſchen Folgerungen verleiten. Vgl. von Löhr im Magaz. für Rechtswiſſ. B. 3. S. 483—486. Ferner pflegen die Neuern das im Eigenthum enthaltene Nutzungsrecht **ususfructus causalis** zu nennen, im Gegenſatz des ſog. **ususfructus formalis**, mit welchem Ausdruck man das Jemandem an einer fremden Sache zuſtändige Nießbrauchsrecht bezeichnet. Im Röm. Recht aber wird ususfructus, als techniſcher Ausdruck, nur auf das letztere Recht bezogen. l. 1. D. de usufr. (VII. 1.) l. 25. pr. D. de verb. signif. (L. 16.) „. . . . quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter; . . . .“

§. 146.

Doppelte Art des Eigenthums im Vorjuſtinianiſchen Rechte a).

In den älteſten Zeiten gab es bey den Römern nur eine Art des Eigenthums, das ſtreng Römiſche, welches *mancipium* hieß (vgl. Zuſatz zum §. 31.), ſpäterhin *dominium* b), gewöhnlich aber mit der Formel: *ex jure Quiritium* rem habere, oder: *ex jure Quiritium* res alicujus est c), umſchrieben wird d). Die Neuern pflegen es Quiritariſches oder Quiritiſches Eigenthum zu nennen, wie denn freylich auch ſchon bey Theophilus der Römiſche Eigenthümer δεσπότης *jure Quiritario* heißt e). Wer alſo nicht das ſtreng Römiſche Eigenthum hatte, der galt im älteſten Röm. Rechte gar nicht für den Eigenthümer f). In der Folge aber kam neben dem ſtreng Römiſchen Eigenthum noch eine andere Art auf, nämlich das natürliche Eigenthum g), welches von den Röm. Juriſten gewöhnlich mit der Formel: *in bonis* rem habere, oder: res *in bonis* alicujus est, umſchrieben wird h), von den Neuern aber bonitariſches Eigenthum genannt zu werden pflegt, ebenfalls auf Veranlaſſung von Theophilus, bey welchem der Ausdruck: δεσπότης βονιτάριος vorkommt i). Dieſe Art des Eigenthums bildete ſich höchſt wahrſcheinlich unter dem

Einfluß des prätorischen Rechts aus [k]), und konnte daher auch nur durch prätorische Rechtsmittel geschützt werden [l]), während dagegen die civilrechtliche Eigenthumsklage lediglich bey dem streng Römischen Eigenthum Statt fand. Aber auch außerdem unterschieden sich beyde Arten des Eigenthums in mehrfacher Hinsicht von einander, theils in Ansehung der Erwerbung und der dazu erforderlichen Bedingungen [m]), theils in Ansehung gewisser Wirkungen, die nur mit dem streng Römischen, nicht auch mit dem natürlichen Eigenthum verbunden waren [n]). So konnte z. B. die Freylassung eines Sclaven mit voller Wirkung, d. h. so, daß der Freygelassene zum Römischen Bürgerrecht gelangte, nur von einem solchen Herrn, welcher ihn ex jure Quiritium, nicht auch von einem solchen, welcher ihn nur in bonis hatte, obgleich diesem die potestas domini zustand [o]), erfolgen [p]), wie denn der natürliche Eigenthümer überhaupt des Rechts zu solchen Dispositionen oder Veräußerungen, wodurch das streng Römische Eigenthum auf einen Andern übertragen werden sollte, ermangelte [q]). Es konnten nun beyde Arten des Eigenthums an derselben Sache entweder in der nämlichen Person zusammentreffen [r]), (in welchem Fall der Eigenthümer *pleno jure dominus* hieß [s]),) oder auch von einander getrennt seyn, und das Letztere war wiederum auf doppelte Art möglich, entweder so, daß dem Einen bloß das streng Römische Eigenthum, (welches, sofern es von dem natürlichen gesondert war, *nudum jus Quiritium* hieß [t]),) und einem Andern blos das natürliche Eigenthum zustand [u]), oder auch so, daß Jemand blos die eine Art des Eigenthums hatte, und die andere Niemand [v]). Justinian aber hob diesen ganzen Unterschied des doppelten Eigenthums mit seinen Folgen, und insbesondere auch das nudum jus Quiritium auf, so daß nach dieser Verordnung Jeder für den vollständigen und gesetzmäßigen Eigenthümer seiner Sachen gelten soll [x]).

a) Vgl. Unterholzner Ueber die verschiedenen Arten des Eigenthums ꝛc. im Rhein. Mus. Jahrg. 1. S. 129. fgg., Zimmern Ueber das Wesen des sog. bonitarischen Eigenthums, ebendas. Jahrg. 3. S. 311. fgg., und dagegen Unterholzner ebendas. B. 5. S. 1. fgg., und Mayer Ueber das duplex dominium des Röm. Rechts, in der Zeitsch. für geschichtl. Rechtsw. B. 8. S. 1. fgg.

b) Z. B. bey Ulp. XIX. §. 2. 7. 8. u. 16. Bey Cicero kommt jedoch dominium in dieſem Sinne noch nicht vor. Vgl. Cramer in der Zeitſch. für geſchichtl. Rechtsw. B. 1. S. 316. z. E.

c) Dieſe Formel findet ſich allerdings ſchon bey Cicero, z. B. in *Verr.* II. 2. c. 12. u. pro *Mur.* c. 12.

d) Gaj. I. §. 54. II. §. 40. u. 196. Ulp. I. §. 16. u. 23. u. ſ. w. Daher auch: *ex jure Quiritium* dominus für den ſtreng. Röm. Eigenthümer. Gaj. II. §. 40.

e) I. 5. §. 4. Dieſes Eigenthum ſelbſt nennt Theophil. l. c. ἔννομος δεσποτεία (legitimum dominium), und ſchon bey Varro de R. R. II. 10. n. 4. heißt der Römiſche Eigenthümer: dominus legitimus.

f) Gaj. II. §. 40. „Sequitur, ut admoneamus, apud peregrinos quidem unum esse dominium, ita ut dominus quisque sit, aut dominus non intelligatur. Quo jure etiam populus Romanus olim utebatur; aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus. . . .“

g) Gaj. l. c. „. . . . Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex jure Quiritium dominus, alius in bonis habere.“ — Id. I. §. 54. „. . . . cum apud cives Romanos *duplex* sit dominium, nam vel in bonis, vel ex jure Quiritium, vel ex utroque jure cujusquam servus esse intelligitur, ...“ Der Ausdruck: natürliches Eigenthum, entſpricht der von Theophil. I. 5. §. 4. gebrauchten Bezeichnung: φυσικὴ δεσποτεία (naturale dominium), im Gegenſatz der ἔννομος δεσποτεία.

h) Gaj. l. c. Ulp. I. §. 16. u. XIX. §. 20. Bey Cic. ad *Fam.* XIII. 30. kommt zwar der Ausdruck: est *in bonis*, vor; aber in einem andern Sinne. Vgl. Hugo's Rechtsgeſch. B. 1. S. 196. Note 8).

i) I. 5. §. 4. — Zimmern a. a. O. S. 312. fgg. will das *in bonis esse* gar nicht als ein eigentliches *dominium* anerkennen; allein dieſe Meinung, die ſchon mit den in der Note g) angef. Stellen aus Gajus nach einer natürlichen Deutung derſelben unvereinbar iſt, haben vollſtändig widerlegt Unterholzner a. a. O. S. 1—4. u. Mayer a. a. O. S. 2—15., welcher namentlich auch nachgewieſen hat, daß der regelmäßig auf Eigenthum hinweiſende Ausdruck: *meum* oder *tuum*, allerdings auch bey dem *in bonis esse* gebraucht werde. Gaj. I. §. 167. u. II. §. 41.

k) Daher nennt es Zimmern a. a. O. S. 315. geradezu: prätoriſches Eigenthum; was jedoch Unterholzner a. a. O. S. 13. bedenklich findet. — Zu welcher Zeit aber das in bonis esse als eine beſondere, mit prätoriſchen Schutzmitteln verſehene Art des Eigenthums ſich ausgebildet habe, läßt ſich freylich nicht mit Gewißheit beſtimmen; doch iſt mit Wahrſcheinlichkeit anzunehmen, daß es bald nach Abſchaffung der alten legis actiones und Einführung der formulae geſchehen ſey. Vgl. Unterholzner a. a. O. S. 12. fgg. u. Mayer a. a. O. S. 47. fgg.

l) Durch welche? kann erſt im dritten Capitel dieſes Abſchnitts zur Sprache kommen.

m) Das Nähere davon gehört in das folgende Capitel.

n) Doch darf das *in bonis habere* nicht mit dem *bona fide possidere* für identiſch gehalten werden. Jenes gewährte mehr Recht, als dieſes. Ulp. XIX. §. 20. u. 21. Wenn es nun gleichwohl in der l. 49. D. de verb. signif. (L. 16.) heißt: „. . . . In bonis autem nostris computari sciendum est, ... *et si bona fide a nobis possideantur*, ...“ ſo iſt hier das Wort *bona* im allgemeinen Sinne für Vermögen überhaupt genommen, zu geſchweigen, daß das Geringere allerdings auch in dem Größern enthalten ſeyn kann.

o) Gaj. I. §. 54.

p) Gaj. I. §. 17. Ulp. I. §. 16. u. 23.

q) Ausdrücklich iſt dieß freylich nur in Bezug auf ſolche Legate, wodurch das ſtreng Römiſche Eigenthum auf den Legatar übertragen werden ſollte, bemerkt bey Gaj. II. §. 196. und bey Ulp. XXIV. §. 7. u. 11.; aber auch bey andern Veräußerungen der angegebenen Art iſt daſſelbe nach der Natur der Sache anzunehmen. Vgl. Unterholzner a. a. O. S. 12.

r) Z. B. Wenn man eine mancipi res vom Römiſchen Eigenthümer durch mancipatio oder in jure cessio übertragen bekommen, oder auch durch usucapio das Eigenthum einer Sache erworben hatte. Gaj. II. §. 41.

s) Theophil. I. 5. §. 4. In gleichem Sinne kommt bey Gaj. I. §. 54. der Ausdruck: *ex utroque jure*, vor; aber auch: *pleno jure*, II. §. 41. u. III. §. 80. — Eine andere Bedeutung hat der letztere Ausdruck in d. l. 17. D. quib. mod. ususfr. amitt. (VII. 4.) u. l. 126. §. 1. D. de verb. oblig. (XLV. 1.) S. §. 147. Note a).

t) Gaj. I. §. 54. u. III. §. 166. l. un. C. de nudo jur. Quirit. toll. (VII. 25.)

u) Z. B. wenn eine mancipi res ohne feyerliche Form durch bloße traditio veräußert wurde, ſo erlangte der Empfänger nur das natürliche Eigenthum daran, während das ſtreng Römiſche bey dem Veräußerer verblieb. Gaj. II. §. 41. Ulp. I. §. 16.

v) So behielt z. B. der Herr an einem auf unfeyerliche Weiſe freygelaſſenen Sclaven das nudum jus Quiritium, ohne daß ein Anderer das bonitariſche Eigenthum hatte, Gaj. III. §. 56. Ulp. III. §. 4.; und das umgekehrte Verhältniß konnte z. B. in manchen Fällen der bonorum possessio vorkommen. Vgl. Unterholzner a. a. O. S. 11.

x) l. un. C. de nudo jur. Quirit. toll. (VII. 25.) „. . . . sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus, sive servi, sive aliarum rerum ad se pervenientium.“ Doch iſt dadurch der in anderer Beziehung vorkommende Unterſchied zwiſchen plena und nuda proprietas (ſ. §. 147. Note a) u. b)) nicht aufgehoben worden. — Uebrigens finden

sich auch in Justinian's Sammlungen noch hin und wieder Spuren von der alten Doppelartigkeit des Eigenthums, z. B. l. 11. C. de act. emt. (IV. 49.) „. . . . *pleno jure* dominus constitutus . . . . “, und von dem *in bonis esse* z. B. in der l. 2. in f. D. si ex nox. caus. agat. (II. 9.) u. l. 26. in f. D. de noxal. act. (IX. 4.) In andern Stellen liegt freylich dem Ausdruck: *in bonis*, die allgemeine Beziehung auf das, was zum Vermögen gehört, zum Grunde, z. B. l. 52. D. h. t. l. 2. §. 22. D. vi bon. rapt. (XLVII. 8.) l. 49. D. de verb. signif. (L. 16.) (Vgl. Note n).)

§. 147.

Verschiedene Eintheilungen des Eigenthums.

Ist in der Person des Eigenthümers mit der Proprietät auch das Nutzungsrecht der Sache verbunden, so heißt sein Eigenthum *plena proprietas* [a]), (bey den Neuern dominium plenum), während es dagegen *nuda proprietas* (a. u., bey den Neuern dominium minus plenum) genannt wird, wenn das Benutzungsrecht der Sache von der Proprietät getrennt ist, und einem Andern als besonderes Recht zusteht [b]). — Ferner nennt man das Eigenthum ein beschränktes (dom. limitatum*), wenn die Dispositionsbefugniß des Eigenthümers besondern, weder in der Natur des Eigenthums an sich, noch in allgemeinen gesetzlichen Vorschriften liegenden Beschränkungen unterworfen ist [c]), im entgegengesetzten Fall aber ein freyes oder unbeschränktes (dom. illimitatum*) [d]). — Wenn dem vorigen Eigenthümer aus einem besondern Grunde das Recht zukommt, die Sache auch wider den Willen des jetzigen Eigenthümers zurückzufordern, so heißt das Eigenthum in Bezug auf den Letztern ein widerrufliches (dom. revocabile*) [e]), sonst aber ein unwiderrufliches (dom. irrevocabile*), welches Letztere in der Regel anzunehmen ist [f]).

a) z. B. l. 78. pr. D. de jur. dot. (XXIII. 3.) l. 2. pr. D. quib. mod. ususfr. amitt. (VII. 4) Auch wird von einem solchen Eigenthümer gesagt: *pleno jure* rem habet, l. 17. D. eod., oder: *plenam* habet in re *potestatem*. §. 4. I. de usufr. (II. 4.)

b) l. 72. D. eod. (VII. 1.) l. 2. pr. D. cit. l. 33. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 4. D. de jure dot. (XXIII. 3.)

c) Ist die Ausübung oder Wirksamkeit des Eigenthums vor der Hand gehemmt, sey es durch ein natürliches oder ein juristisches Hinderniß, so heißt ein solches Eigenthum bey den Neuern **dom. quiescens** oder **dormiens.**

d) Indessen verbinden nicht Alle mit diesen Ausdrücken die nämlichen Begriffe. Vgl. z. B. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 8. S. 69. und Thibaut's System d. Pand. §. 726. (8te Ausg.)

e) Von den Folgen desselben kann erst bey dem Eigenthumsverlust die Rede seyn.

f) **arg. l. 11. D. de regul. jur. (L. 17.) l. 11. C. de contrah. emt. (IV. 38.)**

Zusatz. Ueber die nach dem Vorgang der Glossatoren bey den Neuern angenommene, aber dem Röm. Recht ganz fremde Eintheilung des Eigenthums in ein sog. **dom. directum** und **utile** vgl. Höpfner's Commentar ꝛc. §. 291., Thibaut's Versuche ꝛc. B. 2. Nr. 3. und Seuffert's Erört. einz. Lehren d. Röm. Privatr. Abtheil. 2. Nr. 1.

§. 148.

Miteigenthum.

Auch Mehrern zugleich kann das Eigenthum an derselben Sache zustehen, zwar nicht so, daß Jeder von ihnen Eigenthümer der ganzen Sache seyn könnte [a]), wohl aber so, daß ihnen gemeinschaftlich die Sache nach intellectuellen Theilen zugehört, mithin Jeder nur Eigenthümer seines intellectuellen Theiles ist (**condominium** *) [b]). In einem solchen Falle hat nun Jeder der Miteigenthümer (**socii** [c])) in der Regel nach Verhältniß seines Antheils an der Proprietät auch Antheil an den Früchten der gemeinschaftlichen Sache, und kann von derselben jeden ihrer Bestimmung angemessenen Gebrauch für sich machen, so wie es ihm auch frey steht, seinen intellectuellen Antheil an der gemeinschaftlichen Sache beliebig zu veräußern [d]), oder auch die materielle Theilung derselben zu verlangen [e]). Dagegen kann Keiner der Miteigenthümer, ohne Einwilligung sämmtlicher Interessenten, über die gemeinschaftliche Sache oder einen materiell bestimmten Theil derselben disponiren; vielmehr steht den Uebrigen ein Verhinderungsrecht zu, welches auch, bey der Concurrenz mehrerer Interessenten, von Jedem ohne Rücksicht auf Stimmenmehrheit ausgeübt werden kann [f]).

a) l. 5. §. 15. D. commodat. (XIII. 6.) „. . . . . duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, ...“

b) l. cit. „. . . . . nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. . . .“ Dieſes Verhältniß, welches unter den allgemeinern Begriff von *communio* mit gehört, l. 6. §. 1. D. commun. div. (X. 3.) l. 5. C. eod. (III. 37.) wird im Röm. Recht auf verſchiedene Weiſe umſchrieben, bald in Bezug auf die Miteigenthümer, z. B. ſo: communem rem habent, l. 4. §. 6. D. fin. reg. (X. 1.), oder: unusquisque portionem habet pro indiviso, l. cit. §. 5., oder auf die im §. 63. bei Note i) u. k) angegebene Art, bald in Bezug auf die Sache: communis est pro partibus indivisis. l. 5. D. de stipulat. serv. (XLV. 3.)

c) Ulp. I. §. 18. u. XXII. §. 10. l. 19. u. 34. D. de servit. praed. rust. (VIII. 3.) l. 15. 20. 27. u. 28. D. commun. divid. (X. 3.)

d) l. 68. pr. D. pro socio (XVII. 2.) l. 3. C. de commun. rer. alienat. (IV. 52.)

e) l. 5. C. commun. divid. (III. 37.)

f) l. 28. D. eod. (X. 3.) „. . . . in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi jus esse; in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. . . .“ l. 1. C. de commun. rer. alienat. (IV. 52.) Doch leidet dieſe Regel auch manche Ausnahmen. l. 13. §. 1. D. de servit. praed. urb. (VIII. 2.) l. 52. §. 10. D. pro socio (XVII. 2.) l. 4. C. de aedif. priv. (VIII. 10.)

§. 149.

Geſetzliche Beſchränkungen des Eigenthums [a]).

Außer ſolchen Beſchränkungen des Eigenthums, welche durch beſondere Willenshandlungen feſtgeſetzt werden können, giebt es, namentlich in Bezug auf Grundſtücke und das, was damit in Verbindung ſteht, auch manche, die auf allgemeinen Rechtsvorſchriften beruhen, und entweder lediglich in der Rückſicht auf das öffentliche Intereſſe ihren Grund haben [b]), oder auch zunächſt in der Rückſicht auf das Privatintereſſe der Nachbarn [c]). Zu den Eigenthumsbeſchränkungen der letztern Art gehören hauptſächlich folgende Beyſpiele: 1) Der Eigenthümer darf ſein Haus nicht zum Schaden des Nachbarn baufällig werden laſſen; widrigenfalls er demſelben zur Sicherſtellung wegen des vom baufälligen Hauſe zu befürchtenden Schadens Caution (damni infecti cautio oder stipulatio) leiſten muß [d]). 2) Man

darf auf seinem Grundstück nicht so tief graben, daß dabey die Mauer des Nachbarn nicht fortbestehen kann [e]). 3) Bey neuen Bauten und Anlagen auf eignem Grund und Boden muß man in gewisser Entfernung von der Grenze des Nachbarn bleiben [f]). 4) Auch darf man bey der Wiederherstellung seines Gebäudes die vorige Form zum Nachtheil des Nachbarn nicht ändern [g]), und überhaupt die gesetzlich bestimmte Höhe der Häuser nicht überschreiten [h]). 5) Ferner darf man nicht so bauen, daß man dadurch der Treschtenne des Nachbarn den nothwendigen Luftzug entzieht [i]). 6) Niemand darf, wenn es nicht zur Erhaltung oder Bebauung des Bodens schlechterdings nothwendig ist, auf seinem Grundstück solche Vorkehrungen treffen, wodurch der natürliche Lauf des Regenwassers zum Nachtheil des benachbarten Feldgrundstücks verändert wird; widrigenfalls der Nachbar durch die **aquae pluviae arcendae actio** auf Wiederherstellung des vorigen Zustandes dringen kann [k]). 7) Wenn ein Baum durch seinen Schatten dem Grundstücke des Nachbarn, bis wohin er seine Aeste erstreckt, Schaden bringt, so muß ihn der Eigenthümer auf den Antrag des Nachbarn entweder ganz umhauen, wenn nämlich das Haus des Letztern darunter leidet, oder ihn wenigstens, zufolge einer Verordnung der zwölf Tafeln, bis zu einer Höhe von 15. Fuß von der Erde aufwärts (**quindecim pedes altius**) ringsum behauen, wenn ein Feldgrundstück des Nachbarn durch jenen Baum benachtheiliget ist. Thut dieß der Eigenthümer nicht, so kann nun der Nachbar selbst jenen Baum, nach Verschiedenheit der Fälle, entweder ganz umhauen oder bis zur angegebenen Höhe behauen, und das Holz für sich behalten, und hat, wenn er daran verhindert wird, das **interdictum de arboribus caedendis** [l]). 8) Der Eigenthümer muß sowohl überhaupt die zufällig auf sein Gebiet gekommenen fremden Sachen von dem, welchem sie zugehören, wegnehmen lassen, indem er sonst durch die **ad exhibendum actio** auf Verabfolgung derselben belangt werden kann [m]), als auch insbesondere die vom benachbarten Baume auf sein Grundstück herabgefallenen Früchte vom Nachbar je um den dritten Tag (**tertio quoque die** [n])) aufleſen lassen; widrigenfalls er durch das **interdictum de glande legenda** dazu angehalten werden kann [o]). — Uebrigens sind von diesen allgemeinen gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen die-

jenigen zu unterſcheiden, welche ſich nur auf die beſondern Verhältniſſe gewiſſer Eigenthümer beziehen, wohin z. B. das geſetzliche Veräußerungsverbot der Dotalgrundſtücke [p]), ingleichen die in manchen Fällen an dem Vermögen eines Schuldners Statt findenden geſetzlichen Pfandrechte [q]) gehören.

a) Vgl. Dirkſen Ueber die geſetzlichen Beſchränkungen des Eigenthums ꝛc. in der Zeitſch. für geſchichtl. Rechtsw. B. 2. S. 405. fgg.

b) Dahin gehören gewiſſe Eigenthumsbeſchränkungen theils aus religiöſen Rückſichten, z. B. l. 2. §. 2. l. 7. pr. l. 8. pr. l. 12. pr. u. §. 1. u. l. 43. D. de religios. (XI. 7.), theils aus polizeylichen Gründen, z. B. l. 14. §. 1. D. quemadm. servit. amitt. (VIII. 6.) — l. 1. pr. u. §. 1. D. de tigno junct. (XLVII. 3.) l. 52. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 41. §. 1. 8. u. 9. D. de legat. I. (XXX.) l. 48. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) l. 2. C. de aedific. priv. (VIII. 10.), theils aus ſtaatswirthſchaftlichen Rückſichten, z. B. l. 3. C. de metallar. (XI. 6.) — Vgl. Dirkſen a. a. O. S. 413. fgg.

c) Und. Mein. iſt jedoch Dirkſen a. a. O. S. 411., welcher alle geſetzlichen Beſchränkungen des Eigenthums im frühern Röm. Rechte bis auf die Zeit der claſſiſchen Juriſten, blos aus der Rückſicht auf Unterſtützung und Förderung allgemeiner Staatszwecke ableiten will. — Vgl. übrigens Seuffert Erört. einzelner Lehren des Röm. Privatr. Abth. 2. Nr. 2.

d) l. 7. pr. u. §. 1. u. l. 9. pr. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.)

e) l. 24. §. 12. in f. D. eod.

f) So darf man z. B. nach einer von Solon herrührenden und vielleicht in den zwölf Tafeln nachgeahmten Vorſchrift, Oliven- und Feigenbäume nur in einer Entfernung von 9. Fuß, andere Bäume aber in einer Entfernung von 5. Fuß vom nachbarlichen Grundſtück anpflanzen. l. 13. D. fin. regund. (X. 1.) Vgl. jedoch Rosen Fragm. Gaj. de jure confinium etc. interpretatio (Leipz. 1831.) Eben ſo darf man auch eine Miſtgrube (sterculinium) nicht ſo nahe an der Wand des Nachbarn anlegen, daß dieſe durch die Feuchtigkeit leidet. l. 17. §. 2. D. si serv. vind. (VIII. 5.) — Was insbeſondere die ſtädtiſchen Gebäude anlangt, ſo ſollte ſchon nach einer Verordnung der zwölf Tafeln (welche jedoch mehr aus polizeylichen Rückſichten, als aus der Rückſicht auf das nachbarliche Intereſſe, hervorgegangen zu ſeyn ſcheint,) zwiſchen benachbarten Gebäuden ein Raum von $2\frac{1}{2}$ Fuß (sestertius pes) als ambitus (d. h. als ein zum Herumgehen geeigneter Platz,) offen bleiben, Varro de L. L. IV. 4., Volus. Maecian. Assis distrib. III. §. 46. in f., Festus v. *ambitus*, und Isid. Or. XV. c. 16., ſo daß alle Gebäude *insulae* in dem hierher gehörigen Sinne, d. h. freyſtehende, mit andern nicht zuſammenhängende Gebäude (Festus v. *insulae*,) ſeyn ſollten. Doch wurde dieſe Vorſchrift der zwölf Tafeln bey dem Wiederaufbau Rom's nach dem Galliſchen Brand

nicht beobachtet. Liv. V. c. 55. Dagegen wurde wiederum von Nero nach dem unter ihm vorgefallenen Brande der Stadt die Beobachtung eines Zwischenraums zwischen benachbarten Gebäuden vorgeschrieben, Tacit. Annal. XV. c. 43., und hierauf ist wohl der in der l. 14. D. de serv. praed. urb. (VIII. 2.) vorkommende Ausdruck: *legitimum spatium* zu beziehen. Vgl. Haubold Exercitat. Vitruv. Spec. II. (in Opusc. Vol. II. p. 412—425.) Auch in spätern kaiserlichen Constitutionen ist von einem solchen Zwischenraume (intercapedo) die Rede, l. 9. u. 11. C. de aedific. priv. (VIII. 10.), und nach einer Verordnung von Zeno soll er zwölf Fuß betragen. l. 12. §. 2. C. eod.

g) l. 11. pr. D. de servit. praed. urb. (VIII. 2.) u. l. 12. §. 1. C. de aedific. priv. (VIII. 10.)

h) Schon unter den erstern Kaisern finden sich Verordnungen über die Höhe der Gebäude. August bestimmte sie auf 70 Fuß. Sueton. in *Octav.* c. 89. Auch Nero beschränkte nach dem Brande der Stadt die Höhe der Häuser, Tacit. Annal. XV. c. 43., wovon jedoch das Nähere unbekannt ist, und Trajan setzte als das äußerste Maaß in dieser Hinsicht, die Höhe von 60. Fuß fest. Aurel. Victor Epit. vit. *Trajan.* c. 13. Vielleicht auf diese, vielleicht auch auf andere ähnliche Bestimmungen beziehen sich die in der l. 1. §. 17. D. de oper. nov. nunciat. (XXXIX. 1.) erwähnten „leges edictave Principum, quae ad modum aedificiorum facta sunt," und der in der l. 1. C. de aedific. privat. (VIII. 10.) vorkommende „modus usitatus altitudinis." Freylich beruhten jene frühern Verfügungen über die Höhe der Gebäude, nach den Aeußerungen der angef. nicht juristischen Schriftsteller, (womit auch zu verbinden ist Strabo Geogr. V. 3. §. 7.,) mehr auf policeylichen, als privatrechtlichen Rücksichten. Indessen scheint im Fortgange der Zeit die Ansicht bey den Römern vorherrschend geworden zu seyn, daß die gesetzlichen Bestimmungen über die Höhe der Häuser hauptsächlich den Vortheil der Nachbarn bezweckten, und daß man daher von ihnen durch Verträge das Recht erlangen könne, über jene Höhe hinauszubauen; wie denn diese Ansicht auch ganz bestimmt in der l. 12. §. 1. §. 3. in f. u. §. 4. C. eod. ausgesprochen wird. Vgl. des Verfassers Bemerk. ꝛc. S. 149. fgg. Anderer Meinung ist jedoch Dirksen a. a. O. S. 417. fgg. — Uebrigens gehört hierher auch die von Zeno in der l. 12. §. 2. u. 4. C. eod. aufgestellte, und von Justinian in der Nov. 63. bestätigte und näher bestimmte Verordnung, dem Nachbar die Aussicht auf's Meer nicht zu verbauen.

i) l. 14. §. 1. C. de servitut. (III. 34.)

k) l. 1. pr. — §. 4. §. 13. 15. 22. u. 23. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.) — Ueber einige Fälle, wo die aquae pluv. arc. actio als utilis act. gegeben wird, s. l. 2. §. 1—6. D. eod.

l) l. 1. pr. u. §. 7. D. de arbor. caed. (XLIII. 27.) „Alt Praetor: *Quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet, si per te stat, quo minus eam adimas, tunc quo minus illi eam arborem*

adimere sibique habere liceat, vim fieri veto. Deinde ait Praetor: *Quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat, quo minus pedes quindecim a terra eam altius cöerceas, tunc quo minus illi ita cöercere, lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto.*" — l. cit. §. 8. u. 9. „Quod ait Praetor, et lex duodecim Tabularum efficere voluit, ut quindecim pedes altius rami arboris circumcidantur; et hoc idcirco effectum est, ne umbra arboris vicino praedio noceret. Differentia duorum capitum interdicti haec est, si quidem arbor aedibus impendeat, succidi eam praecipitur, si vero agro impendeat, tantum usque ad quindecim pedes a terra cöerceri." Ob nun aber der Ausdruck: *quindecim pedes altius*, auf die Aeste über 15. Fuß vom Boden aufwärts, oder auf die niedern Aeste bis zu 15. Fuß von der Erde an gerechnet, zu beziehen sey, ist bestritten. Die erstere Erklärung, welche die Auctorität der Basiliken LX. 16. §. 13. für sich hat vertheidigt besonders Hugo in der Rechtsgesch. S. 206., die letztere aber, welche den Schlußworten der l. c. und dem Zweck der gesetzlichen Disposition mehr zu entsprechen scheint, auch dem von Paul. V. 6. §. 13. in dieser Beziehung gebrauchten Worte: *sublucare*, und der von Festus v. *sublucare* gegebenen Erklärung dieses Worts angemessener ist, Dirksen a. a. O. S. 424. fgg. (Ueber andere hierher gehörige Schriften s. Mühlenbruch's Lehrb. d. Pand. §. 462. Note *) und 4).) Was aber die dießfallsige Eigenthumsbeschränkung anlangt, so glaubt sie Dirksen a. a. O. S. 428. fgg., dem auch Seuffert a. a. O. S. 10. Nr. 1. hierin beytritt, nicht auf Seiten des Baumeigenthümers, sondern auf Seiten des Grundeigenthümers, der das Herüberhängen der über 15. Fuß aufwärts befindlichen Aeste vom benachbarten Baume leiden müsse, zu finden. — Uebrigens war schon durch die zwölf Tafeln eine Klage auf Wegnahme eines durch den Wind auf das benachbarte Grundstück hinübergedrängten Baumes gestattet, l. 2. D. eod., und jene Bestimmungen des prätorischen Edicts kommen analogisch auch in dem Falle zur Anwendnng, wenn die sich ausbreitenden Wurzeln eines Baumes dem Grunde eines benachbarten Gebäudes Gefahr bringen. l. 1. C. de interdict. (VIII. 1.)

m) l. 5. §. 3—5. u. l. 9. §. 1. D. ad exhibend. (X. 4.)

n) Ob diese Worte bedeuten sollen: an jedem dritten Tage, (so daß also zwey Tage in der Mitte lägen,) oder: einen Tag um den andern, ist bestritten. Das Letztere hat in neuern Zeiten hauptsächlich Thibaut vertheidigt in den Civil. Abhandl. Nr. 1., und im Archiv für die Civil. Prax. B. 1. S. 116. fgg., und diese Erklärung wird besonders durch die l. 1. §. 22. D. de aqua quotid. (XLIII. 20.) (wo auf die Worte: tertio quoque die, bald nachher die Worte: *alternis diebus*, folgen,) und durch Gellius IX. 4. unterstützt. Doch hat auch die erstere Erklärung Analogieen für sich. Vgl. Rein's Röm. Privatr. S. 136. u. 137. Note *), und die daselbst angeführten Schriftsteller. Die sonst gangbare Erklärung jener Worte aber: auch noch am dritten Tage, (also drey

Tage hindurch zu jeder Zeit,) hat Thibaut am zuerſt angeſ. Orte vollſtändig widerlegt.

o) l. un. pr. D. de glande legenda. (XLIII. 28.) „Ait Praetor: *Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere, aufferre liceat, vim fieri veto.*“ (Daß unter *glans* alle Früchte zu verſtehen ſeyen, bemerkt Ulpian in der l. c. §. 1., ſo wie auch Gajus in der l. 236. §. 1. D. de verb. signif. [L. 16.] ausdrücklich). Schon in den zwölf Tafeln war beſtimmt, daß man die auf ein fremdes Grundſtück herabgefallenen Früchte aufleſen dürfe. Plin. Histor. nat. XVI. 5. Das prätoriſche Edict aber fügte jener Beſtimmung die Beſchränkung bey, daß dieſes Recht der Fruchtſammlung auf dem Boden des Nachbarn vom Baumeigenthümer nur tertio quoque die ausgeübt werden dürfe, damit nämlich der Grundeigenthümer nicht zu häufig überlaufen werden möchte. Vgl. Thibaut's Civil. Abhandl. Nr. 1. — Uebrigens kann man, ſtatt des interdictum de glande legenda, zu dem nämlichen Zweck auch die ad exhibendum actio brauchen. l. 9. §. 1. D. ad exhibend. (X. 4.)

p) Gaj. II. §. 62. u. 63. — pr. I. quib. alien. lic. (II. 8.)

q) Davon kann erſt in der Lehre vom Pfandrechte die Rede ſeyn.

Zweites Capitel.

Von der Erwerbung und dem Verluſte des Eigenthums.

§. 150.

Erforderniſſe des Eigenthumserwerbs.

Zur Erwerbung des Eigenthums iſt Dreyerley erforderlich: 1) Eine erwerbfähige Perſon. Die Erwerbung des ſtreng Römiſchen Eigenthums ſetzte ehedem in der Perſon des Erwerbers *commercium*, d. h. die Fähigkeit zu Quiritariſchem Eigenthum, und zu den darauf ſich beziehenden Handlungen [a]) voraus, und dieſes hatten Römiſche Bürger, ferner Latini, ſowohl coloniarii, als Juniani, nicht aber auch Peregrinen, wenn es ihnen nicht beſonders verliehen war [b]). Das natürliche oder ſog. bonitariſche Eigenthum aber konnte wohl auch von Peregrinen erworben werden [c]), und dieß ſcheint im Juſtinianiſchen Rechte, wo jener Unterſchied des doppelten Eigenthums aufgehoben iſt (§. 146. Note x)), allgemein vom Eigenthume angenommen werden zu müſſen. Dagegen ſind ſolche Perſonen,

welche der Rechtsfähigkeit überhaupt ermangeln, oder doch kein eignes Vermögen haben können, schlechthin unfähig, Eigenthum für sich zu erwerben [d]), und bey denjenigen, welche juristisch für willenlos gelten, ist, abgesehen von solchen Fällen, wo auf den Willen des Erwerbers Nichts ankommt [e]), der Eigenthumserwerb nicht durch eigne Handlungen, sondern nur durch Stellvertreter möglich [f]). Uebrigens sind manche Personen nur relativ, d. h. nur in Bezug auf gewisse Sachen, zum Eigenthumserwerb unfähig [g]). 2) Eine Sache, woran Eigenthum erworben werden kann, und zwar gerade von demjenigen, welcher es erwerben will oder soll [h]). Von der Möglichkeit des Eigenthumserwerbs überhaupt sind nun die dem Verkehr entzogenen Sachen ausgeschlossen [i]). Außerdem aber waren im Vorjustinianischen Recht Provincialgrundstücke, mit Ausnahme derer, auf welche sich das jus Italicum bezog, wenigstens des streng Römischen Eigenthums für Privatpersonen unfähig [k]); doch scheint das natürliche Eigenthum an ihnen auch für Privatpersonen möglich gewesen zu seyn [l]). Im Justinianischen Rechte aber sind auch in Ansehung des Eigenthumserwerbs Provincialgrundstücke den Italischen gleichgestellt worden [m]). 3) Eine rechtmäßige Erwerbungsart, (acquisitio, oder genus oder modus acquisitionis [n]), bey den Neuern gewöhnlich modus acquirendi genannt).

a) Vgl. von Savigny in der Zeitsch. für geschichtl. Rechtsw. B. 5. S. 231. fgg. Im allgemeinen Sinne bezeichnet freylich *commercium* den Verkehr überhaupt, l. 5. D. de justit. et jur. (I. 1.), oder auch die Fähigkeit dazu, Ulp. XX. §. 13. l. 24. §. 1. D. de minor. (IV. 4.), und dahin lauten auch die Definitionen bey Ulp. XIX. §. 5.: „*Commercium* est emendi vendendique invicem jus," und bey Theophil. III. 19. §. 2.: „*κομμέρκιον . . . . ἐστὶν ἡ τοῦ δύνασθαι πιπράσκειν ἢ ἀγοράζειν ἐξουσία.*" (*Commercium . . . .* est vendendi emendive facultas). Daß indessen bey Ulp. l. c. dieser Begriff vorzugsweise auf die Fähigkeit zum Quiritarischen Eigenthum bezogen wird, ergiebt sich daraus, daß nur von dessen Erwerbung daselbst die Rede ist. — Ueber das commercium in Bezug auf Sachen vgl. Zusatz zu §. 51.

b) Ulp. XIX. §. 4. u. 5.

c) Dieß ist freylich sehr bestritten. Gewiß ist indessen, daß die Römer auch ein Eigenthum der Peregrinen anerkannten. Gaj. II. §. 40. (Vgl. §. 146. Note f)). Nimmt man nun an, daß das *in bonis esse* sich unter

dem Einfluß des prätoriſchen Rechts ausbildete (§. 146.), und erwägt man, daß die Rechtsverhältniſſe der im Römiſchen Staat ſich aufhaltenden Peregrinen unter dem Schutze des Praetor peregrinus ſtanden, und daß Theophilus das ſog. bonitariſche Eigenthum geradezu φυσικὴ δεσποτεία nennt (§. 146. Note g)), ſo läßt ſich die Anwendbarkeit deſſelben auf Peregrinen nicht füglich bezweifeln, wenn man nur dasjenige ausſchließt, was dabey eigenthümlich Römiſch war, wie namentlich die Möglichkeit, dieſes Eigenthum durch Uſucapion in Quiritariſches zu verwandeln. Gaj. II. §. 41. — Verſchiedene Anſichten hierüber ſ. bey Hugo Rechtsgeſch. S. 527., Schweppe Rechtsgeſch. §. 266., von Schröter Observ. jur. civ. p. 59. sqq., Unterholzner in der Verjährungslehre B. 1. S. 105. fgg. und im Rhein. Muſ. B. 5. S. 18. fgg., (welcher die Peregrinen ſogar des Quiritiſchen Eigenthums für fähig erachtet,) Zimmern ebendaſ. Jahrg. 3. S. 358. fgg., Reinhardt Die usucapio ꝛc. S. 40., von Vangerow Ueber die Latini Jun. S. 72. fgg.

d) Vgl. §. 31. Note l), dd), gg) u. hh); §. 94. Note a) u. c), u. §. 138. Note b — f.)

e) Z. B. §. 3. I. de hereditat., quae ab intest. defer. (III. 1.) l. 63. D. de acquir. hered. (XXIX. 2.)

f) l. 63. D. cit. l. 13. §. 1. D. h. t. l. 1. §. 20. u. 22. u. l. 2. D. de acquir. possess. (XLI. 2.) vergl. mit §. 5. in f. I. per quas person. nob. acquir. (II. 9.)

g) Z. B. Theophil. III. 19. §. 2. l. 1. u. 2. C. ne Christian. mancip. haeret. hab. (I. 10.)

h) §. 4. I. de legat. (II. 20.) u. l. 49. §. 2. D. de legat. II. (XXXI.)

i) Vgl. §. 51. Note d — g) u. §. 52 — 56.

k) Gaj. II. §. 46. Vgl. von Savigny in der Zeitſch. für geſchichtl. Rechtsw. B. 5. S. 256. fgg. — Ueber die unrichtige Behauptung Mancher, daß die nec mancipi res überhaupt des ſtreng Römiſchen Eigenthums gar nicht fähig geweſen wären, ſ. §. 60. Note k).

l) Dieſer Annahme ſcheint freylich Gaj. II. §. 7. u. Theophil. II. 1. §. 40. entgegenzuſtehen, indem nach dieſen Stellen am Provincialboden das Eigenthum dem Römiſchen Volk oder dem Kaiſer zuſtand, und Privatperſonen nur Beſitz und Nießbrauch daran hatten. Indeſſen drückt Gajus ſelbſt dieß Letztere nur problematiſch aus: „nos autem possessionem tantum et usumfructum habere *videmur*,“ und Theophilus bemerkt ausdrücklich, daß man ſein Recht am Provinzialboden habe veräußern und auf Erben übertragen können; was doch bey einem bloßen ususfructus im eigentlichen Sinne nicht möglich geweſen wäre. Hauptſächlich aber rechtfertigt ſich jene Annahme durch die Zeugniſſe einiger nicht juriſtiſcher Schriftſteller, insbeſondere des Aggenus zum Frontinus p. 47. (ed. Goës.) und durch die Vatic. Fr. §. 315. u. 316. — Vgl. auch Niebuhr's Röm. Geſchichte Th. 2. S. 175. fgg., und von Savigny a. a. O. S. 256. u. im Recht d. Beſitzes S. 96. — Nicht ganz übereinſtimmend iſt Unterholzner im Rhein. Muſ. 1. S. 142. fgg.

m) l. un. C. de usucap. transform. (VII. 31.) §. 40. in f. I. h. t., pr. in f. I. de usucap. (II. 6.) u. Theophil. zu dieſen Stellen.

n) Ueber dieſe Ausdrücke ſ. pr. u. §. 4. I. de donat. (II. 7.) u. §. 2. I. de acquisit. per arrogat. (III. 10. od. 11.) Vgl. auch Hugo im Civil. Magaz. B. 4. S. 141. fgg.

Erinnerung. Nach der ſonſt gangbaren Lehre ſollte zu jeder Erwerbung des Eigenthums ein vom ſog. modus acquirendi verſchiedener titulus erforderlich ſeyn; allein das Röm. Recht unterſcheidet nur bey zwey Fällen des Eigenthumserwerbs, nämlich bey der traditio und der usucapio, ausdrücklich eine dieſen Erwerbungsarten vorausgehende *justa causa*, oder, wie es in Bezug auf usucapio auch heißt: *justus titulus*. Ulp. XIX. §. 7. l. 31. pr. D. h. t. — pr. I. de usucap. (II. 6.) l. 24. C. de rei vindic. (III. 32.) Vgl. Hugo im Civil. Magaz. B. 1. Nr. 11. u. B. 4. Nr. 6., u. Thibaut's Verſuche ꝛc. B. 1. Nr. 11. — Ueber eine weitere Bedeutung von *titulus* ſ. §. 93. Note a).

§. 151.

Eintheilungen der Erwerbungsarten des Eigenthums.

Die Erwerbungsarten des Eigenthums werden an verſchiedenen Orten unſerer Quellen theils aus dem jus naturale oder gentium, theils aus dem jus civile abgeleitet [a]). Die Erſtern, zu denen z. B. die Beſitzergreifung einer herrenloſen Sache, die Erwerbung durch accessio, die traditio u. dgl. gerechnet werden [b]), pflegt man *naturales acquisitiones*, die Letztern aber, wohin z. B. die mancipatio, in jure cessio, usucapio, und alle Erwerbungsarten bey dem Todesfall eines Menſchen gehören [c]), *civiles acquisit.* zu nennen. Nur alſo auf den Urſprung oder die Rechtsquelle der Erwerbungsarten bezieht ſich dieſe Eintheilung, und hat die Folge, daß die civilrechtlichen nur auf Römiſche Bürger und ſolche Nichtbürger, welche das commercium im techniſchen Sinne (§. 150. Nr. 1.) haben, die naturrechtlichen aber auf alle erwerbfähigen Subjecte, mithin auch auf Peregrinen ohne commercium, anwendbar ſind [d]). Dagegen darf dieſe Eintheilung nicht auch ſo gedeutet werden, als ob im ältern Rechte durch die naturrechtlichen Erwerbungsarten blos das natürliche oder ſog. bonitariſche Eigenthum, das ſtreng Römiſche aber nur durch civilrechtliche Erwerbungen habe

begründet werden können. Denn auch durch die traditio, welche doch entschieden zu den naturrechtlichen Erwerbungsarten in unsern Quellen gerechnet wird [e]), konnte an einer nec mancipi res das Quiritarische Eigenthum erworben werden [f]), und das Nämliche ist aus überwiegenden Gründen auch bey den übrigen naturrechtlichen Erwerbungsarten, sofern sie sich nämlich auf nec mancipi res bezogen, anzunehmen [g]), während dagegen mancipi res freylich nur durch civilrechtliche Erwerbungsarten in das streng Römische Eigenthum gebracht werden konnten [h]). — In Ansehung des Umfangs sind die Erwerbungsarten des Eigenthums entweder solche, welche sich nur auf einzelne Sachen beziehen, (acquisitiones rerum singularum *) oder solche, welche sich auf ein ganzes Vermögen erstrecken (per universitatem acquisitiones oder successiones [i])); und die Erstern sind wiederum nach der Terminologie der Neuern entweder *acquisitiones originariae* oder *derivativae* in dem bereits im §. 93. angegebenen Sinne dieser Ausdrücke [k]).

a) Gaj. II. §. 65. §. 11. I. h. t. u. Theophil. dazu. l. 23. pr. D. de rei vindic. (VI. 1.) u. l. 1. pr. D. h. t.

b) Gaj. II. §. 65. 66. 69. 70. 73. seq. §. 12. 17—21. 35. 37. u. 40 I. h. t. l. 8. pr. l. 5. §. 7. l. 6. l. 7. §. 1. u. l. 9. §. 3. D. h. t Theophilus II. 2. pr. u. II. 9. §. 6. zählt vierzehn einzelne Fälle der naturrechtlichen Erwerbungsarten auf.

c) Gaj. II. §. 65. pr. I. de usucap. (II. 6.) pr. u. §. 4. I. de donat. (II. 7.) u. §. 6. I. per quas pers. nob. acquir. (II. 9.). — Theophilus II. 9. §. 6. zählt folgende fünf civilrechtliche Erwerbungsarten (wobey jedoch die blos dem ältern Recht angehörigen eben so wenig, als die auf ein ganzes Vermögen sich erstreckenden, mitgerechnet sind,) auf: die usucapio, die longi temporis possessio, das von Justinian aufgehobene jus accrescendi in Folge der einseitigen Freylassung eines gemeinschaftlichen Sclaven, das legatum und das fideicommissum. Indessen ist diese Aufzählung auch für das Justinianische Recht nicht vollständig, indem z. B. der adjudicatio, ingleichen der Fälle, wo unmittelbar nach gesetzlicher Vorschrift (lege) Eigenthum erworben wird, keine Erwähnung geschieht.

d) Gaj. II. §. 65. Ulp. XIX. §. 4. u. 5. u. l. 1. pr. D. h. t.

e) Gaj. II. §. 65. u. 66. Vatic. Fr. §. 47. in f. §. 40. I. h. t. l. 9. §. 3. D. h. t.

f) Gaj. II. §. 19. u. 20. Ulp. XIX. §. 7.

g) Ueber die für diese Ansicht entscheidenden Gründe, zu denen auch die (keine Spur einer Interpolation an sich tragende) l. 23. pr. D. de rei

vind. (VI. 1.) „In rem actio competit ei, qui *aut jure gentium*, aut jure civili dominium acquisivit," gerechnet werden kann, vgl. Unterholzner im Rhein. Muſ. Jahrg. 1. S. 132. fgg., des Verfaſſers Bemerk. ꝛc. S. 58. fgg., Zimmern im Rhein. Muſ. Jahrg. 3. S. 318. fgg. u. beſonders von S. 348. an, nebſt den daſelbſt S. 349. Note 95) angef. Schriftſtellern. — Anderer Mein. ſind jedoch Hugo in der Rechtsgeſch. S. 196. fgg., Schweppe in der Rechtsgeſch. §. 268. Nr. 3., Puchta im Lehrb. für Inſtitutionen-Vorleſ. S. XXV. fgg., Mayer in der Zeitſch. für geſchichtl. Rechtsw. B. 8. S. 49. fgg. u. beſonders S. 64. fgg., u. von Scheurl: Num juris gentium acquisitionibus dominium civile Rom. effectum sit (Erl. 1836.) p. 10. sqq.

h) Gaj. II. §. 22. u. 41. Ulp. I. §. 16. u. XIX. §. 3. 8. u. 9. — Vgl. auch §. 60. Note i — p).

f) Gaj. II. §. 97. u. 98. §. 6. I. per quas person. nob. acquir. (II. 9.) pr. — §. 2. I. de acquis. per arrogat. (III. 10. od. 11.) pr. u. §. 1. I. de success. sublat. (III. 12. od. 13.) und Theophil. zu dieſen Stellen.

k) Auf die Erwerbungsarten eines ganzen Vermögens, als welche immer nur derivativ ſind, läßt ſich dieſer Unterſchied nicht anwenden.

Erinnerung. In den Inſtitutionen von Gajus werden die naturrechtlichen Erwerbungsarten, mit Ausnahme der traditio, erſt nach den civilrechtlichen, nämlich II. §. 66 — 79. vorgetragen. (Vgl. übrigens §. 2. Note g)). In einem andern Werke von ihm aber, nämlich in den Res quotidianae oder Aurea, war, wie ſich aus der l. 1. pr. D. h. t. ergiebt, aus dem Grunde, weil das jus gentium älter ſey, als das Civilrecht, die umgekehrte Anordnung befolgt; und dieſer haben ſich auch die Verfaſſer der Juſtinianiſchen Inſtitutionen (und, wie ſich von ſelbſt verſteht, Theophilus auch in ſeiner Paraphraſe,) angeſchloſſen. In Ulpian's Fragmenten ſind die naturrechtlichen Erwerbungsarten, mit Ausnahme der traditio, ganz übergangen.

§. 152.

Ueberſicht der verſchiedenen Erwerbungsarten des Eigenthums.

In Bezug auf das Vorjuſtinianiſche Recht iſt zwiſchen den Erwerbungsarten des ſtreng Römiſchen, und denen des natürlichen Eigenthums zu unterſcheiden. — Als Entſtehungsgründe des ſtreng Römiſchen Eigenthums an einzelnen Sachen werden von Ulpian[a]) folgende ſechs aufgezählt:

mancipatio, *traditio* [b]), *usucapio*, *in jure cessio*, *adjudicatio* [c]) und lex. Doch sind ihnen noch mehrere andere beyzufügen, und zwar theils aus Varro [d]) das *sub corona emere* und die *sectio* [e]), theils auch überhaupt die naturrechtlichen Erwerbungsarten in Bezug auf nec mancipi res (§. 151. Note g)). In solchen Fällen aber, wo das bereits erworbene Eigenthum an einer Sache durch Accessionen vermehrt wird, richtete sich natürlich das Eigenthum der hinzugekommenen Sache nach dem Eigenthume an der Hauptsache, so daß, wenn diese im Quiritarischen Eigenthum war, auch die hinzugekommene Sache in dasselbe Eigenthum überging [f]). — Was hiernächst die Erwerbungsarten des natürlichen oder bonitarischen Eigenthums an einzelnen Sachen betrifft, so gehören dahin folgende: 1) Die Besitzergreifung herrenloser Sachen sofern diese zu den mancipi res gehörten [g]). Doch scheinen die dem Feinde abgenommenen Sachen, sogleich in das Römische Eigenthum des Erwerbers übergegangen zu seyn [h]). 2) Alle Arten der sog. accessio, wenn die Hauptsache, zu welcher Etwas hinzugekommen, nur im bonitarischen Eigenthume war [i]). 3) Die bloße traditio einer mancipi res [k]). 4) Alle diejenigen Fälle, wo nicht nach Grundsätzen des Civilrechts, sondern nur nach dem prätorischen Rechte, oder unter Vermittelung des Prätors Eigenthum erworben wurde, weil nämlich der Prätor civilrechtliches Eigenthum nicht gewähren konnte [l]), z. B. bey der wegen verweigerter damni infecti cautio durch eine zweite obrigkeitliche Verfügung erfolgten Einweisung in den Besitz [m]), desgleichen wenn ein wegen eines Vergehens (ex noxali causa) in Anspruch genommener und von seinem Herrn nicht vertretener Sclave kraft obrigkeitlichen Befehls vom Kläger heimgeführt wurde (servus jussu Praetoris ductus) [n]), u. s. w. [o]). — Eben so, wie an einzelnen Sachen, wurde auch an einem ganzen Vermögen in solchen Fällen, wo die Erwerbung desselben nur auf Grundsätzen des prätorischen Rechts beruhte, oder durch prätorische Vermittelung eintrat, blos bonitarisches Eigenthum erworben, z. B. bey der prätorischen Erbfolge (bonorum possessio [p])), bey dem im Falle der Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners erfolgten Güterverkauf (bonorum venditio) [q]), desgleichen bey der Restitution eines Universalfideicommisses,

insofern dabey der Fideicommissar einem prätorischen Successor gleich galt [r]), u. s. w [s]); während dagegen in solchen Fällen, wo der Erwerb eines gesammten Vermögens lediglich nach Grundsätzen des Civilrechts geschah, auch das Quiritarische Eigenthum an den zu dieser Gesammtheit gehörigen Sachen erworben wurde, wie z. B. bey der sectio, wenn sie auf eine universitas ging, ferner bey der civilrechtlichen Erbfolge (hereditas) [t]), und bey andern ihr nachgebildeten, civilrechtlichen Universalsuccessionen [u]). — Im Justinianischen Rechte aber hat mit dem aufgehobenen Unterschiede des Quiritarischen und bonitarischen Eigenthums (§. 146. Note x)) auch der Unterschied zwischen den auf die eine oder die andere Art des Eigenthums sich beziehenden Erwerbungsarten seine Bedeutung verloren. — Uebrigens bleiben von der nun folgenden Erörterung der einzelnen Erwerbungsarten des Eigenthums theils die, welche sich auf die Gesammtheit eines Vermögens erstrecken, theils auch von den übrigen diejenigen, welche des Zusammenhangs wegen zweckmäßiger an einem andern Orte darzustellen sind, wie z. B. die Singularsuccessionen auf den Todesfall (§. 132.), ausgeschlossen. Unter den hier zu erörternden Erwerbungsarten aber sind die blos dem ältern Röm. Rechte angehörigen den auch noch im Justinianischen Rechte vorkommenden vorauszuschicken, und in Ansehung der Letztern scheint es am zweckmäßigsten, nach dem Muster der von Gajus in den Res quotidianae und in Justinian's Institutionen befolgten Anordnung (vgl. die Erinnerung zum §. 151.), die natürlichen Erwerbungsarten vor den civilrechtlichen abzuhandeln [v]).

a) XIX. §. 2.

b) Jedoch nur in Bezug auf nec mancipi res. Vgl. §. 151. Note f) u. h).

c) Diese scheint indessen nur bey einem legitimum judicium Quiritarisches Eigenthum gewährt zu haben, arg. Vatic. Fr. §. 47., in einem judicium imperio continens dagegen blos bonitarisches Eigenthum, arg. l. 44. §. 1. D. famil. ercisc. (X. 2.) Vgl. Keller Ueber Litis-Contestation S. 115. fgg. Note 6).

d) de re rustica II. 10. n. 4. Hier will nämlich Varro angeben, wornach der Käufer eines Sclaven beurtheilen könne, ob er auch wirklich von einem Röm. Eigenthümer kaufe, und führt in dieser Hinsicht folgende Entstehungsgründe des Röm. Eigenthums an: „In emtionibus dominum legitimum sex fere res perficiunt: si hereditatem justam adiit

(nämlich der Verkäufer des Sclaven), **si, ut debuit, mancipio ab eo accepit, a quo jure civili potuit, aut si in jure cessit, cui** (wohl richtiger: **qui**) **potuit cedere et id ubi oportuit, aut si usu cepit, aut si e praeda sub corona emit, tumve cum in bonis sectioneve cujus publice venit.**“ Ueber dieſe Stelle vgl. Hugo's Rechtsgeſch. S. 210. Note 1), und Rein's Röm. Privatr. S. 152. fgg., und insbeſondere über die Worte: **in bonis sectioneve**, des Verfaſſers Bemerkungen ꝛc. S. 71. fgg. — Uebrigens finden ſich auch bey Cicero hin und wieder, z. B. **Top. c. 5. in f., de Harusp. resp. c. 7.**, einzelne Veräußerungs- und Erwerbungsarten des Röm. Eigenthums zuſammengeſtellt, jedoch keine vollſtändige Aufzählung derſelben.

e) Dieſe ging zwar gewöhnlich auf eine **universitas**, wird jedoch bisweilen auch bey dem Verkaufe einzelner Sachen erwähnt, z. B. bey **Eutrop. Breviar. hist. Rom. VIII. 6.** Vgl. des Verfaſſers Bemerk. S. 73.

f) **arg. l. 11. §. 7. D. de Public. in rem act. (VI. 2.)**

g) Vgl. §. 151. Note h).

h) **Gaj. IV. §. 16.** „. . . . . **festuca autem utebantur quasi hastae loco, *signo quodam justi dominii; maxime* (enim) *sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent.* . . . .“ Andere Anſichten hierüber hat Mayer in der Zeitſch. f. g. R. W. 8. S. 73. fgg.

i) Vgl. die in der Note f) cit. Stellen.

k) **Gaj. II. §. 41. u. Ulp. I. §. 16.** — Dem Erwerb durch **traditio** in Folge eines Kaufs wird auch der Fall gleichgeachtet, wenn der Beſitzer einer fremden Sache den Eigenthümer derſelben durch Bezahlung der **litis aestimatio** abgefunden hat. **l. 46. u. 63. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 7. §. 1. D. de Public. in rem act. (VI. 2.) l. 22. pr. D. de act. rer. amot. (XXV. 2.) l. 1. u. 3. D. pro emtor. (XLI. 4.)** Sonach wurde durch Leiſtung der **litis aestimatio** nach Verſchiedenheit der Sache, je nachdem dieſe entweder eine **mancipi** oder eine **nec mancipi res** war, bald nur bonitariſches, bald aber auch Quiritariſches Eigenthum erworben. Doch meint Zimmern im Rhein. Muſ. Jahrg. 3. S. 314., daß hierdurch immer nur bonitariſches Eigenthum begründet worden ſey. S. dagegen Unterholzner ebendaſ. B. 5. S. 4., und Mayer a. a. O. S. 49.

l) Vgl. von Savigny in der Zeitſch. f. g. R. W. 2. S. 369.

m) **l. 5. pr. l. 7. pr. l. 15. §. 11. 12. 16. u. 27. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) l. 5. D. comm. divid. (X. 3.) l. 3. §. 23. D. de acquir. possess. (XLI. 2.)** Vgl. Unterholzner im Rhein. Muſ. J. 1. S. 131.

n) **l. 2. §. 1. D. si ex noxali caus. (II. 9.) l. 26. §. 6. u. l. 28. D. de noxal. act. (IX. 4.) l. 6. D. de Public. in rem act. (VI. 2.)** Vgl. Unterholzner a. a. O.

o) Mehrere Fälle dieſer Art führt Zimmern an im Rhein. Muſ. J. 3.

S. 314. fgg., womit jedoch nicht überall einverstanden sind Unterholzner ebendas. B. 5. S. 4. fgg. u. Mayer a. a. O. S. 27. fgg.

p) Gaj. III. §. 80.

q) Gaj. IV. §. 35.

r) Gaj. II. §. 253—258. l. 24. §. 1. D. famil. ercisc. (X. 2.) l. 63. pr. D. ad. SC. Trebell. (XXXVI. 1.) l. 2. §. 19. D. pro emtor. (XLI. 4.)

s) Noch mehrere hierher gehörige Fälle s. bey Zimmern a. a. O. S. 317. fgg.

t) Cic. de Harusp. respons. c. 7. Varro de R. R. II. 10. n. 4. Vgl. Note d).

u) Gaj. II. §. 97. u. 98. u. §. 6. I. per quas pers. nob. acquir. (II. 9.)

v) Einige Gründe für die Zweckmäßigkeit dieser Anordnung führt Hugo an in der Rechtsgesch. S. 200. fgg.

Erinnerung. In Justinian's Institutionen II. 7. wird, was weder bey Gajus noch bey Ulpian der Fall ist, auch die donatio zu den Erwerbungsarten des Eigenthums gerechnet. Warum? kann erst bey Gelegenheit der Schenkung im Obligationenrechte erörtert werden.

§. 153.

A) Blos dem ältern Röm. Rechte angehörige Erwerbungsarten des Eigenthums:

1) Mancipatio.

Die *mancipatio*, im älteren Sprachgebrauch und namentlich in den zwölf Tafeln *mancipium* (vgl. Zusatz zum §. 31.), späterhin auch bisweilen *emancipatio* genannt [a]), bestand in einem mit gewissen Solennitäten verbundenen Scheinverkaufe [b]). Ursprünglich mag sie allerdings ein wirklicher Kauf in solenner Form gewesen seyn, ging jedoch in der Folge, da sie nur als Form bey Eingehung mancher Rechtsgeschäfte gebraucht wurde, in einen bloßen Scheinverkauf über [c]). Sie war hauptsächlich, jedoch nicht ausschließlich, zur Veräußerung der mancipi res bestimmt [d]). Zu den Erfordernissen derselben gehörte theils die Gegenwart mehrerer Personen, theils der Gebrauch gewisser hergebrachter Worte und symbolischer Handlungen. Was nämlich die Personen betrifft, so mußten außer den beyden Geschäftsinteressenten, also dem Käufer (qui mancipio accipit) und dem Verkäufer (mancipans*), wenigstens fünf

Zeugen und ein libripens zugegen seyn [e]). Die fünf Zeugen sollten wahrscheinlich die fünf Classen des Römischen Volks nach der von Servius Tullius getroffenen Eintheilung [f]) repräsentiren [g]), und scheinen ursprünglich, solange die mancipatio in einem ernstlich gemeinten Kauf bestand, aus Rücksicht auf den census erforderlich gewesen zu seyn, damit sie nämlich bezeugen könnten, an Wen steuerbares Eigenthum gekommen wäre. Der libripens hielt die eherne Waage (libra), auf der ehemals das Geld (aes) zugewogen wurde [h]). Die fünf Zeugen sowohl, als der libripens mußten Römische Bürger seyn und zwar mündige [i]); doch wurden nach Einführung der Latini Juniani auch diese zugelassen [k]). Solche Personen aber, welche durch patria potestas mit dem Verkäufer oder Käufer verbunden waren, konnten nicht zur Function eines Zeugen oder des libripens gebraucht werden [l]). Außerdem geschieht bisweilen auch eines antestatus bey der Mancipation Erwähnung [m]); doch ist dessen Bedeutung ungewiß [n]), und aus dem gänzlichen Stillschweigen der Röm. Juristen hierüber geht hervor, daß wenigstens zu ihrer Zeit ein antestatus, sofern er von den Zeugen und dem libripens verschieden war, zur mancipatio nicht erfordert wurde. — Was hiernächst die zu mancipirenden Gegenstände betrifft, so mußten bewegliche Sachen gegenwärtig seyn, und es durften ihrer nicht Mehrere zugleich mancipirt werden, als wie viele in die Hand genommen werden konnten; unbewegliche Sachen dagegen konnte man auch in der Entfernung von ihnen, so wie auch mehrere zugleich, und selbst an ganz verschiedenen Orten gelegene mancipiren [o]). — Der Hergang selbst bey der mancipatio war nun folgender: Der Käufer ergriff die zu mancipirende Sache [p]), (was jedoch nur auf bewegliche Sachen zu beziehen ist,) und sprach dabey eine solenne Formel aus [q]). Darauf berührte er mit dem aes die Waage, und gab es dem Verkäufer gleichsam als Kaufpreis [r]). Was nun die Interessenten bey der mancipatio sich noch besonders ausbedingen oder vorbehalten wollten, wurde mündlich ausgesprochen (mancipii lex [s])). Schon durch eine Vorschrift der zwölf Tafeln waren dergleichen Verabredungen für rechtsverbindlich erklärt [t]), und auf dem Ableugnen derselben stand die Strafe des doppelten Ersatzes [u]). Uebrigens war mit der

mancipatio an und für sich, wenigstens bey unbeweglichen Sachen, die Uebergabe derselben nicht nothwendig verbunden; vielmehr wird bisweilen neben der mancipatio noch die traditio besonders erwähnt in Fällen, wo es darauf ankam, dem Erwerber auch den unmittelbaren Besitz der Sache zu verschaffen v). — Im spätern Röm. Rechte aber kam die mancipatio, deren jedoch noch in Rescripten Diocletian's x), und selbst in Verordnungen Constantin's y) Erwähnung geschieht, allmählig außer Gebrauch, besonders im östlichen Reiche, wo sie, da die mündliche Verhandlung bey ihr schlechterdings in lateinischer Sprache geschehen mußte, schon wegen der dortigen Herrschaft der griechischen Sprache nie recht Wurzel fassen konnte z).

a) Z. B. bey Plin. Epist. X. 3. — §. 1. I. de testam. ord. (II. 10.) l. 11. C. de adopt. (VIII. 48.)

b) Gaj. I. §. 113. u. 119. „Est autem *mancipatio* . . . . imaginaria quaedam venditio . . . . " §. 1. I. cit.

c) Daher heißt es bey Ulp. XX. §. 2. „ . . . . : per *mancipationem imaginariam*. . . . . "

d) Nämlich bey mancipi res war, wenn sie durch eine Privathandlung unter Lebenden sofort in das Röm. Eigenthum eines Andern übertragen werden sollten, die mancipatio nothwendig, und in dieser Hinsicht sagt Ulp. XIX. §. 3.: „Mancipatio propria species alienationis est rerum mancipi." Daraus folgt aber nicht, daß sie nicht auch bey nec mancipi res, sofern diese nur überhaupt des Privateigenthums ex jure Quiritium fähig waren, habe vorkommen dürfen. Tacit. Ann. I. 73. u. Plin. Hist. nat. IX. 35. Nur freylich bey den dem Verkehr entzogenen, ingleichen bey solchen Sachen, die gar nicht im Röm. Eigenthum von Privatpersonen seyn konnten, wie Provincialgrundstücke, war auch die mancipatio unstatthaft. Cic. Top. c. 10. u. Gaj. II. §. 27. u. 31. Vgl. des Verfassers Bemerk. ꝛc. S. 161. fgg. Uebrigens war sie auch selbst für den Verkauf freyer Personen angenommen. Gaj. I. §. 113. 117. 118. u. 120. S. Zusatz 1.

e) Gaj. I. §. 113. u. 119. Ulp. XIX. §. 3. u. 4.

f) Nämlich von den Röm. Schriftstellern werden nicht, wie von Dionysius, sechs, sondern nur fünf Classen des Röm. Volks erwähnt. Liv. I. 43. u. III. 30. Cic. de republ. II. 22. Vgl. auch Niebuhr's Röm. Geschichte Th. 1. S. 489.

g) Darauf bezieht sich höchst wahrscheinlich der Ausdruck: *classici testes* in der von Festus angegebenen Bedeutung. S. §. 87. Note e)

h) In den älteſten Zeiten nämlich gab es bey den Römern nur kupferne oder eherne Münzen (aerei nummi), und dieſe wurden nicht zugezählt, ſondern zugewogen. Gaj. I. §. 122. (Vgl. auch Niebuhr's Röm. Geſchichte B. 1. S. 516.) Aber auch ſpäterhin, nachdem andere Münzen in Umlauf gekommen waren, wurde doch, aus Anhänglichkeit an die alte Sitte, bey der Mancipation die Waage, als Symbol, beybehalten; und daraus iſt es erklärbar, daß der Ausdruck: *per aes et libram*, zur Umſchreibung der Mancipationsſolennität dient. Gaj. II. §. 102. u. 103. Ulp. XX. §. 2. Uebrigens wurde auch der libripens einem Zeugen gleichgeachtet. Gaj. II. §. 107. Vgl. auch §. 37. Note m).

i) Gaj. I. §. 113. u. 119. u. II. §. 104.

k) arg. Ulp. XX. §. 8.

l) arg. Gaj. II. §. 105 — 107. u. Ulp. XX. §. 3 — 5. Auch Taube, Stumme, Wahnſinnige und Frauensperſonen waren unfähig, bey der Mancipation die Function eines Zeugen oder des libripens zu übernehmen, arg. Ulp. XX. §. 7.

m) Z. B. in einer Inſchrift bey Gruter. p. 1081. n. 1., und in der Weſtgothiſchen Epitome des Gajus I. 6. §. 3. Auch bey Priscian. VIII. 4. kommt das Zeitwort *antestari* in Bezug auf die Mancipationsform vor.

n) Manche, z. B. Hugo in der Rechtsgeſch. S. 213. fgg. u. Schweppe in der Rechtsgeſch. §. 252., vermuthen, daß er Einer der Zeugen ſelbſt, etwa der Vormann unter ihnen oder der Principalzeuge, geweſen ſey; allein in der Weſtgothiſchen Epitome des Gaj. l. c. wird er als eine von den fünf Zeugen verſchiedene Perſon aufgeführt, und daher nehmen Andere an, daß ſeine Beſtimmung darin beſtanden habe, die Zeugen zuſammenzuberufen und zum Zeugniß aufzufordern; was durch eine gewiſſe Formel, und durch die ſymboliſche Handlung der Berührung des Ohres zu geſchehen pflegte. Vgl. Heinecc. Antiquit. Rom. I. 12. §. 7. u. die daſelbſt angef. Schriftſteller.

o) Gaj. I. §. 121. u. Ulp. XIX. §. 6.

p) Gaj. l. c. Deßhalb wird in dieſer Stelle das Wort *mancipatio* daher abgeleitet: „quia manu res capitur.“

q) Dieſe Formel lautet bey Gaj. I. §. 119. ſo: „Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo, isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra. Daß in dieſer Formel *homo* erwähnt wird, rührt daher, weil ſie l. c. bey Gelegenheit des Scheinverkaufs eines freyen Menſchen vorkommt.

r) Gaj. l. c. u. II. §. 104.

s) Cic. de orator. I. 39.

t) Festus v. *Nuncupata*: „*Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto.*“ Vgl. Dirkſen über die Zwölf-Tafel-Fragmente, S. 397. fgg.

u) Cic. de offic. III. 16.

v) Gaj. II. §. 204. u. IV. §. 131. u. Vatic. Fr. §. 313.

x) Z. B. Vatic. Fr. l. c. u. Hermog. Cod. VII. 1. (ed. Haenel.)

y) l. 4. u. 5. Th. C. de donat. (VIII. 12.)

z) Daher hat ſich auch die Bedeutung des Worts *mancipare* im neuern Röm. Sprachgebrauch geändert. In Conſtitutionen ſpäterer Kaiſer bezeichnet es: widmen, überlaſſen u. dgl. Vgl. Brisson. de V. S. v. *mancipare* No. 2.

Zuſatz 1. Nicht blos bey der Veräußerung von Sachen, ſondern auch bey mehrern andern Geſchäften, denen ebenfalls ein Scheinverkauf zum Grunde lag, wurde die Mancipationsform als ſymboliſche Handlung gebraucht, namentlich bey der coëmtio, Gaj. II. §. 113., bey der adoptio, Gell. V. 19., bey der emancipatio, Gaj. I. §. 132. u. 134. Ulp. X. §. 1., und überhaupt bey dem Verkauf eines freyen Menſchen in das mancipium, Gaj. I. §. 117—120. u. 123., ſo wie auch bey einer Gattung von Teſtamenten, welche eben deßhalb testamenta per aes et libram heißen. Gaj. II. §. 102—104. Ulp. XX. §. 2. u. §. 1. I. de testam. ordin. (II. 10.) Aber auch in dieſen Beziehungen kommt im neueſten Röm. Recht die Mancipationsform nicht mehr vor. Von den Teſtamenten wird es ausdrücklich bezeugt im §. 1. I. cit., hinſichtlich der coëmtio und des Verkaufs in das mancipium verſteht es ſich von ſelbſt, da weder die manus (welche durch coëmtio begründet wurde,) noch das mancipium (Einen Fall deſſelben ausgenommen,) im neuern Recht mehr Statt findet; (vgl. §. 31. Note bb) u. cc)), und bey der adoptio und emancipatio wurde die Mancipationsform von Juſtinian noch ausdrücklich abgeſchafft. l. ult. C. de adopt. (VIII. 48.) u. l. ult. C. de emancipat. (VIII. 49.)

Zuſatz 2. Mit der mancipatio ſteht auch der Begriff von nexum in Verbindung. Im weitern Sinne bezeichnet nämlich *nexum* ein feyerliches Geſchäft, geſchloſſen durch zugewogenes Geld. Varr. de L. L. VI. 5. „.... *Nexum* Manilius scribit, omne, quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipi (od. mancipia) ....“ Cic. de orat. III. 40. u. Fest. v. *nexum*: „*Nexum* est, ut ait Gallus Aelius, quodcunque per aes et libram geritur, idque necti dicitur. ....“ Sollte nun das zugewogene Geld die Stelle des Kaufgeldes für die ſolenn veräußerte Sache vertreten, ſo hieß das nexum ſpeciell *nexi datio*, Fest. l. c., und war in dieſem Falle mit der mancipatio identiſch. Geſchah indeſſen die ſolenne Veräußerung der Sache fiduciae causa, d. h. unter dem Verſprechen der dereinſtigen Zurückgabe der Sache von Seiten des Empfängers, (Gaj. II. §. 59. u. 60.), ſo wurde dieſem die Sache nicht zum immerwährenden Eigenthum überlaſſen, ſondern nur in eine Art von obligatoriſchem Verhältniß zu ihm gebracht. Darauf geht das Wort *nexum* im engern Sinne, in welchem es von mancipium unterſchieden wird. Varro l. c. „.... Mucius Scaevola, quae per aes et libram fiant, *ut obligentur*, *praeterquam quae mancipio dentur*. Hoc verius esse, ipsum

verbum ostendit, de quo quaeritur. Nam idem, quod obligatur per libram neque suum fit, inde *Nexum* dictum. . . . .“ Cic. de Harusp. resp. c. 7. „. . . . . jure mancipi, jure nexi. . . . .“ — Aber auch in andern Beziehungen oder zu andern Zwecken wurde das nexum gebraucht, und zwar theils als symbolisches Darlehn, mithin zur Begründung einer Obligation, und das auf solche Weise versprochene Geld hieß *nexum aes*, Festus l. c., oder auch *nuncupata pecunia*, Id. v. *nuncupata*, theils als symbolische Schuldenzahlung, also zur Befreyung von einer Obligation, und in diesem Falle, welchen Gaj. III. §. 173. als „species imaginariae solutionis per aes et libram“ bezeichnet, hieß das nexum speciell: *nexi liberatio*. Festus v. *nexum*. Vgl. von Savigny Ueber das altröm. Schuldrecht, in den histor. philol. Abhandl. der Königl. Akad. d. Wissensch. zu Berlin a. d. J. 1833. S. 75. fgg. Auf dergleichen, von der mancipatio verschiedene Anwendungen des nexum bezieht sich wahrscheinlich dieses Wort in der Stelle der zwölf Tafeln, wo es vom mancipium unterschieden wird. S. Note t). — Uebrigens findet sich auch zuweilen die Form *nexus*, und zwar bald für die feyerliche Handlung per aes e libram, z. B. bey Cic. Top. c. 5. in f.: „. . . . . Abalienatio est ejus rei, quae mancipi est, aut traditio alteri *nexu*, aut in jure cessio . . . .“, bald für das durch ein nexum begründete obligatorische Verhältniß, z. B. bey Liv. II. 23. „. . . . . Nexu vincti solutique. . . . .“ Vgl. Otf. Müller im Rhein. Mus. B. 5. S. 199. fgg. — Im neuern Röm. Recht kommt nun zwar das nexum, als feyerliches Rechtsgeschäft, eben so wenig mehr vor, als die mancipatio; doch sind noch einige davon entlehnte Ausdrücke im Gebrauche geblieben, z. B. res nexa oder pignori nexa für eine verpfändete Sache, z. B. l. 1. §. 4. D. ne vis fiat ei etc. (XLIII. 4.), l. 52. §. 2. D. de pact. (II. 14.), nexus pignoris oder nexus schlechthin für das Pfandrecht oder Pfandverhältniß, l. 33. D. famil. ercisc. (X. 2.) l. 8. C. si alien. res pign. (VIII. 16.), ingleichen nexus für ein obligatorisches Verhältniß überhaupt. l. 26. §. 7. D. de condict. indeb. (XII. 6.) l. 1. D. de acceptilat. (XLVI. 4.)

§. 154.

2) In jure cessio.

Die *in jure cessio* (n. a. u.) bestand in der Abtretung einer Sache an einen Andern vor der Obrigkeit [a]). Dabey kamen drey Personen vor: *in jure cedens*, d. h. der Eigenthümer, welcher die Sache einem Andern überlassen wollte, *vindicans*, d. h. derjenige, welcher durch die cessio Eigenthümer werden wollte und sollte, und *addicens*, d. h. die Obrigkeit,

welche hierbey Recht sprach (in Rom der Praetor, und in den Provinzen der Praeses) [b]). Diese Veräußerungs- und Erwerbungsart wird eben so, wie die mancipatio, aus den zwölf Tafeln abgeleitet [c]), und konnte sich sowohl auf nec mancipi als mancipi res beziehen [d]). Die Verhandlung selbst war dabey folgende: Der Vindicant faßte die Sache an, und sprach, um sie zu vindiciren, eine solenne Formel aus [e]). Darauf fragte die Obrigkeit den Eigenthümer, ob er dagegen vindiciren wolle, und wenn dieser es verneinte oder schwieg, so sprach sie dem Vindicanten die Sache zu [f]). Wegen dieses scheinbaren Rechtsstreites war die in jure cessio eine legis actio (§. 69. Note h)). Aber eben wegen der Nothwendigkeit der Mitwirkung einer Obrigkeit war sie bey der Veräußerung von Sachen weniger gebräuchlich, als die mancipatio [g]), und im Justinianischen Rechte kommt sie nicht mehr vor [h]), obschon sie noch unter Diocletian erwähnt wird [i]).

a) Ueber die Bedeutung des Ausdrucks: *in jure*, vgl. §. 6. Note m).

b) Gaj. II. §. 24. u. Ulp. XIX. §. 9. u. 10.

c) Vatic. Fr. §. 50.

d) Ulp. XIX. §. 9. Nur bey Provincialgrundstücken konnte sie nicht vorkommen. Gaj. II. §. 31.

e) Bey Gaj. II. §. 24. lautet die Formel so: „*Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo.*“ Es versteht sich jedoch, daß der Sclave, dessen hier Erwähnung geschieht, nur als Beyspiel zu betrachten ist.

f) Gaj. l. c. u. Ulp. XIX. §. 10. Einem alieno juri subjectus konnte jedoch Nichts in jure cedirt werden. Denn da ein Solcher im ältern Rechte nichts Eigenthümliches haben konnte, so hielt man es für consequent, daß er auch Nichts vor der Obrigkeit vindiciren könne. Gaj. II. §. 96.

g) Gaj. II. §. 25.

h) Nämlich als solenne Veräußerungs- und Erwerbungsart. Denn die cessio überhaupt findet allerdings auch im neuesten Röm. Recht noch Statt Vgl. Zusatz zum §. 96.

i) Hermog. Cod. VII. 1. (ed. Haenel.)

Zusatz. Auch unkörperliche Sachen oder Rechte konnten durch in jure cessio auf einen Andern übertragen werden, z. B. der ususfructus, oder Prädialservituten, jedoch nur an Italischen Grundstücken, Gaj. II. §. 29 — 33., ferner die patria potestas bey der adoptio, Gell. V. 19., desgleichen die gesetzliche Vormundschaft über Frauenspersonen. Gaj. I.

§. 168. u. Ulp. XIX. §. 11. Auch eine ganze Erbschaft konnte Gegenstand der in jure cessio seyn. Ulp. l. c. u. Gaj. II. §. 34.

§. 155.

3) Sub corona emere. 4) Sectio.

Das *sub corona emere* bestand in dem Erkaufen der Kriegsgefangenen, welche als Sclaven öffentlich zum Verkaufe aufgestellt waren. Der Name ist daher abzuleiten, weil die öffentlich als Sclaven feilgebotenen Kriegsgefangenen einen Kranz trugen, zum Zeichen, daß sie als Kriegsgefangene verkauft werden sollten [a]). — *Sectio* heißt überhaupt eine öffentliche Versteigerung [b]), und der, welcher bey einer solchen Gelegenheit Etwas kaufte oder erstand, hieß *sector* [c]). Vorzugsweise aber beziehen sich diese Ausdrücke auf solche Fälle, wo entweder die Güter eines in die Acht Erklärten oder in einem Criminalgerichte Verurtheilten, oder eine den öffentlichen Cassen zugefallene Erbschaft, oder auch erbeutete Sachen öffentlich verkauft wurden [d]). Gleichbedeutend mit sectio und sector werden bisweilen auch die Ausdrücke: bonorum emtio und bonorum emtor, gebraucht [e]), obgleich dieselben in einer andern, hierher nicht gehörigen Bedeutung den durch das prätorische Recht regulirten Güterverkauf eines zahlungsunfähigen Schuldners bezeichnen [f]). Gewöhnlich ging also die sectio auf eine Gesammtheit von Gütern, die zusammen verkauft wurden [g]); indessen kommt dieser Ausdruck bisweilen auch bey dem öffentlichen Verkauf einzelner Sachen vor (§. 152. Note e)), welcher jedoch gewöhnlicher *auctio* heißt, und zwar ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen [h]). Es geschah nun aber die öffentliche Versteigerung so, daß ein praeco die zu versteigernden Sachen ausrief, und die Obrigkeit dieselben dem Meistbietenden zuschlug [i]), der daran sofort das Römische Eigenthum erwarb [k]). Als Zeichen der öffentlichen Versteigerung war gewöhnlich ein Spieß oder eine Lanze (hasta) aufgestellt [l]); daher auch hasta bisweilen eben so, wie das davon abgeleitete Wort subhastatio, die öffentliche Versteigerung selbst bedeutet [m]). — Im Justinianischen Rechte kommen als Arten der öffentlichen Versteigerung zwar noch die

auctio und die subhastatio vor [n]), aber nicht mehr die sectio, vermuthlich um deßwillen, weil diese gewöhnlich in dem Gesammtverkauf einer universitas bestand, im Fortgang der Zeit aber es üblich geworden war, auch bey der Gesammtheit eines Vermögens die dazu gehörigen Sachen einzeln zu verkaufen [o]).

a) Gell. VII. 4. „ . . . . antiquitus mancipia jure belli capta coronis induta venibant, et idcirco dicebantur *sub corona venire*. Namque . . . . corona signum erat captivorum venalium, ... “ Doch leiteten Manche von den Alten jenen Namen daher ab, weil um die Schaar der feilgebotenen Kriegsgefangenen ein Kreis Soldaten (militum corona) zur Bewachung gestellt würde. Indessen erklärt Gell. l. c. die obige Ableitung für die richtigere.

b) Varro de R. R. II. 10. Bisweilen wird sectio auch für die Güter, welche öffentlich verkauft oder versteigert werden, gebraucht, z. B. bey Cic. Philipp. II. 29. u. Gell. XIII. 24. Die Bedeutung von sectio aber, welche bey Gell. XX. 1. vorkommt (sectio partitioque corporis), gehört nicht hierher.

c) Gaj. IV. §. 146. „ . . . . . *sectores* vocantur, qui publice bona mercantur.“ Paul. ex Fest. v. *sectores:* „*Sectores* et qui secant, dicuntur, et qui emta sua persequuntur.“ Für diese gab es ein eigenes adipiscendae possessionis interdictum, welches *sectorium* hieß. Gaj. l. c.

d) Z. B. Cic. pro Rosc. Amer. c. 29. 31. 33. 36. 43. u. f. w., in Verr. II. 1. c. 20. u. 23. u. dazu Ascon. Paedian., ferner Cic. de invent. I. 45. u. Caesar de bell. Gall. II. 33. — Vgl. Stieber de bonor. emtione apud vet. Rom. (Lips. 1827.) §. 2. u. 5.

e) Cic. pro Rosc. Amer. c. 9. 10. 21. 22. 26. 43. 52. l. 1. C. de hered. vend. (IV. 39.)

f) Gaj. III. §. 77 — 81. pr. I. de success. sublat. (III. 12. od. 13.) Vgl. Stieber l. c. p. 2. u. 6. u. Puggé im Rhein. Mus. J. 2. S. 90. fgg.

g) Vgl. Stieber l. c. §. 3—5.

h) Cic. pro Rosc. Amer. c. 8. in f., pro Caecin. c. 5. u. 6., de lege agrar. I. c. 1. u. 2. Vgl. Stieber l. c. §. 6.

i) Vgl. Heineco. Antiq. Rom. II. 1. §. 25.

k) Varro de R. R. II. 10. n. 4.

l) Fest. v. *hast.* „Hastae subjiciebantur ea, quae publice venumdabant; quia signum pra cipuum est hasta. . . . “

m) Z. B. Cic. Philipp. VIII. 3. u. ad Famil. XV. 17.

n) Z. B. l. 2. §. 8. u. 9. D. pro emtor. (XLI. 4.) l. 16. C. de rescind. vendit. (IV. 44.) l. 4. u. 5. C. de fide hastae fisc. (X. 3.)

o) arg. pr. I. de success. sublat. (III. 12. od. 13.)

Erinnerung. Von dem im §. 4. I. de donat. (II. 7.) und bey Theoph. ebendaſ. zu den civilrechtlichen Erwerbungsarten des ältern Rechts gerechneten *jus accrescendi* in Folge der einſeitigen Freylaſſung eines gemeinſchaftlichen Sclaven kann erſt bey Gelegenheit der Freylaſſungen gehandelt werden.

§. 156.

B) Auch noch im Juſtinianiſchen Rechte vorkommende Erwerbungsarten des Eigenthums [a]). — AA) Naturrechtliche: 1) ſog. Occupatio.

Die *occupatio* in dem Sinne, wie erſt die Neuern dieſes Wort ohne weitern Zuſatz brauchen, beſteht in der Beſitzergreifung herrenloſer Sachen, mit der Abſicht, ſich dieſelben zuzueignen. Sie beruht auf dem Grundſatz: Quod nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur [b]). Arten derſelben ſind: 1) Die Occupation lebendiger herrenloſer Sachen, wohin theils Sclaven [c]), theils Thiere gehören können. Es ſind jedoch nur wilde Thiere (quorum *fera* natura est [d])), und zwar nur, ſo lange ſie ſich in ihrer natürlichen Freyheit befinden, oder dieſelbe wiedererlangt haben, als herrenloſe Sachen, und mithin als Gegenſtände der Occupation (die hierbey ſpeciell Jagd [venatio], oder Fiſcherey [piscatio], oder Vogelfang [aucupium] heißt [e]),) anzuſehen [f]), keineswegs aber auch zahme Thiere, wenn ſie auch ihren Herrn verlaſſen haben ſollten, noch auch ſolche zahmgemachte, welche davonzugehen und wiederzukommen pflegen, ſolange ſie die Gewohnheit des Heimkehrens nicht abgelegt haben; vielmehr begeht der, welcher ſolche Thiere in gewinnſüchtiger Abſicht ergreift, eben ſowohl einen Diebſtahl [g]), als der, welcher fremdes Wild, das in Thierbehältniſſen, oder fremde Fiſche, die in Fiſchkäſten eingeſchloſſen ſind, ſich zueignet [h]). Indeſſen kann man Jagd und Vogelfang auch auf fremdem Grund und Boden ausüben, ſofern nur der Eigenthümer den Eintritt in denſelben nicht verbietet [i]), und unter dieſer Vorausſetzung darf man auch Bienen auf fremdem Boden fangen, ſo wie auch die von ihnen gemachten Honigſcheiben ausſchneiden [k]). Uebrigens erlangt man bey der Jagd

das Eigenthum des Wildes, nach der von Justinian gebilligten Meinung, nicht schon durch die Verwundung, sondern erst durch die wirkliche Ergreifung desselben [l]), so wie man auch an einem Bienenschwarm oder einem Vogel das Eigenthum erst dadurch erwirbt, daß man ihn fängt, nicht aber auch schon dadurch, daß er auf unserm Baume sich niedersetzt oder einnistet [m]). — 2) Die Occupation lebloser herrenloser Sachen, gleichviel, ob sie noch niemals einen Eigenthümer gehabt haben, oder von demselben derelinquirt worden sind [n]), und ob sie zu den beweglichen oder unbeweglichen Sachen gehören [o]). Dagegen sind verloren gegangene Sachen, ingleichen solche, welche zur Erleichterung des Schiffs über Bord geworfen worden sind, keineswegs als Gegenstände der Occupation zu betrachten; vielmehr macht derjenige, welcher dergleichen Sachen in gewinnsüchtiger Absicht, und also ohne den Vorsatz, sie dem Eigenthümer, wenn er ihn ausmittelt, zurückzugeben, an sich nimmt, sich eines Diebstahls schuldig [p]). — Besondere Rechtsbestimmungen beziehen sich auf das Finden eines Schatzes (thesaurus), d. h. lange versteckt gelegener Münzen oder anderer Kostbarkeiten, deren Eigenthümer nicht mehr bekannt ist [q]). Nach dem ältesten Röm. Rechte scheint ein gefundener Schatz dem Grundeigenthümer zugekommen zu seyn [r]). Unter Nero aber (wo nicht schon unter den frühern Kaisern,) wurde die Ansicht herrschend, daß dem Fiscus gefundene Schätze zugehörten [s]). Dagegen sprach Hadrian, aus Rücksicht auf die natürliche Billigkeit, den auf eigenem Grund und Boden gefundenen Schatz, ingleichen einen solchen, den man zufällig an einem sacer oder religiosus locus gefunden hätte, dem Finder ganz zu, während er dagegen den an einem fremden, mithin auch an einem dem Kaiser oder Fiscus zugehörigen Ort zufällig gefundenen Schatz nur zur Hälfte dem Finder, zur andern Hälfte aber dem Grundeigenthümer einräumte [t]). Doch erfuhren auch diese Bestimmungen in der Folge mancherley Abänderungen. Denn in Ansehung des an einem locus religiosus oder in einer Grabstätte gefundenen Schatzes verordneten die *Divi Fratres*, daß die Hälfte davon dem Fiscus gebühren sollte [u]). Ferner räumte Constantin dem Finder eines Schatzes die Hälfte desselben nur dann ein, wenn er seinen Fund von freyen Stücken dem Fiscus angezeigt hätte [v]). Dieß hoben jedoch die

Kaiser Gratian, Valentinian und Theodos wiederum auf, und sprachen den auf eigenem Grund und Boden gefundenen Schatz dem Finder ganz, den auf fremdem Boden gefundenen aber zu einem Viertel dem Grundeigenthümer, und zu drey Viertheilen dem Finder zu [x]). Endlich stellte Leo die Hadrianische Bestimmung im Wesentlichen wieder her. Denn nach seiner Verordnung soll, wenn nur zur Hebung eines Schatzes keine Zauberkünste angewendet worden sind, dem Finder der auf eigenem Grund gefundene Schatz ganz, und der auf fremdem Boden gefundene zur Hälfte, zur andern Hälfte aber dem Grundeigenthümer zukommen; doch soll er dem Letztern in dem Falle ganz herausgegeben werden, wenn der Finder absichtlich auf fremdem Boden dem Schatze nachgegraben hat [y]). — 3) Die Occupation feindlicher Sachen (occupatio bellica*); denn nach dem Rechte der alten Völker wurden die Sachen des Feindes als herrenlos angesehen, und waren daher der Occupation unterworfen [z]). Doch ist an den im Kriege erbeuteten oder eroberten Gegenständen der unmittelbare Eigenthumserwerb für Einzelne nach dem Röm. Recht sehr beschränkt. Denn nicht nur gingen eroberte Grundstücke allemal in das Eigenthum des Staats über [aa]), sondern auch bewegliche Beute von Werth mußte gewöhnlich von den Soldaten dem Feldherrn abgeliefert werden, der sie dann entweder unter die Soldaten zu vertheilen, oder auch an den öffentlichen Schatz abzuliefern hatte [bb]). Außer dem Fall der Eroberung oder Erbeutung aber ist an feindlichen Sachen allerdings für jeden Occupanten der unmittelbare Eigenthumserwerb möglich [cc]).

a) G. F. Haenel de acquirendo rerum dominio. Lips. 1817.

b) l. 3. pr. D. h. t. u. §. 12. I. h. t. Die Neuern drücken dieß gewöhnlich so aus: Res nullius cedit occupanti.

c) Denn es kann auch Sclaven ohne einen Herrn geben. Vgl. §. 27. Note e).

d) Daß auch den Bienen, Pfauen und Tauben eine fera natura beygelegt werde, ist schon im Zusatz 1. zum §. 59. berührt worden; doch wird von ihnen auch ausdrücklich bemerkt, daß sie wegzufliegen und wieder zurückzukehren pflegen, Gaj. II. §. 68., §. 15. I. h. t. u. l. 5. §. 5. D. h. t., und in dieser Hinsicht gehören sie zu den gezähmten Thieren. l. 4. D. h. t. Uebrigens wird der Ausdruck: *ferae bestiae* vorzugsweise auf

wilde Landthiere (im Gegenſatz der Vögel und Fiſche,) bezogen. Gaj. II. §. 67. §. 12. I. h. t. l. 1. §. 1. u. l. 3. §. 1. D. h. t.

e) l. 9. §. 5. D. de usufr. (VII. 1.)

f) §. 12. 14. u. 15. D. h. t. l. 1. §. 1. l. 3. §. 2. l. 5. pr. §. 2 — 5. D. h. t.

g) §. 16. I. h. t. l. 4. u. l. 5. §. 5. u. 6. D. h. t.

h) l. 3. §. 14. D. de acquir. possess. (XLI. 2.)

i) §. 12. I. h. t. l. 3. §. 1. D. h. t.

k) §. 14. I. h. t. u. l. 5. §. 2. u. 3. D. h. t.

l) §. 13. I. h. t. Dahin ging auch ſchon die Meinung der meiſten Röm. Juriſten; doch nahm Trebatius an, daß man am Wilde ſchon durch eine ſolche Verwundung deſſelben, in deren Folge es gefangen werden könne, das Eigenthum erwerbe, und auch behalte, ſolange man noch in der Verfolgung des verwundeten Thieres begriffen ſey, während es dagegen wieder aufhöre, wenn man die Verfolgung aufgebe. l. 5. §. 1. D. h. t.

m) §. 14. I. h. t. u. l. 5. §. 2. D. h. t.

n) §. 18. u. 47. I. h. t. l. 1. §. 1. D. de acquir. possess. (XLI. 2.) l. 1. u. l. 5. §. 1. D. pro derelicto. (XLI. 7.)

o) Vgl. die Stellen in Note n), u. über die Occupation eines verlaſſenen Grundſtücks l. 8. C. de omni agro desert. (XI. 58.), u. dazu Mühlenbruch im Lehrb. d. Pand. §. 251. Note 17 a).

p) §. 48. I. h. t. l. 43. §. 4. u. 7 — 11. D. de furt. (XLVII. 2.)

q) l. 31. §. 1. D. h. t. „*Thesaurus* est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non exstat memoria, ut jam dominum non habeat, ... " l. un. C. de thesaur. (X. 15.) „ . . . . *thesaurum*, id est, condita ab ignotis dominis tempore vetustiori mobilia, . . . " — In andern Beziehungen, wo nicht vom Eigenthumserwerb die Rede iſt, hat das Wort *thesaurus* einen weitern Sinn, indem es überhaupt vergrabene Gelder oder andere Koſtbarkeiten bezeichnet, gleichviel, ob der Eigenthümer derſelben bekannt iſt, oder nicht. l. 22. pr. D. famil. ercisc. (X. 2.) l. 15. D. ad exhib. (X. 4.) l. 3. §. 3. u. l. 44. pr. D. de acquir. possess. (XLI. 2.) Vgl. von Savigny's Recht des Beſitzes S. 216. fgg.

r) Dieß entſpricht wenigſtens der Analogie anderer Rechte des Alterthums. Vgl. die Bemerk. in Schrader's Inſtitut. Ausg. zum §. 39. I. h. t.

s) Tacit. Annal. XVI. 1. Sueton. in *Nerone* c. 31.

t) §. 39. I. h. t. u. Spartian. in *Hadriano* c. 18.

u) l. 3. §. 10. D. de jure fisci (XLIX. 14.)

v) l. 1. Th. C. de thesaur. (X. 18.)

x) l. 2. Th. C. eod.

y) l. un. J. C. eod. (X. 15.)

z) Gaj. II. §. 69. u. IV. §. 16. in f. §. 17. I. h. t. l. 5. §. 7. D. h. t.

aa) l. 20. §. 1. D. de captiv. (XLIX. 15.) l. 16. D. h. t.

bb) Dionys. Halicarn. Antiqq. VII. 63. Polyb. X. 16. Liv. IV. 53. u. V. 22. Gell. XVI. 4. Isid. Or. V. 7. in f. l. 13. D. ad leg. Jul. peculat. (XLVIII. 13.) l. 31. D. de jure fisci. (XLIX. 14.) l. 36. §. 1. C. de donat. (VIII. 54.)

cc) S. die in der Note z) angef. Stellen, u. l. 51. §. 1. D. h. t. l. 1. §. 1. D. de acquir. possess. (XLI. 2.) l. 12. pr. D. de captiv. (XLIX. 15.) — Vgl. Schrader's Bemerk. in f. Institut. Ausg. p. 184. v. *statim nostra fiunt*, u. Mayer in der Zeitsch. f. g. R. W. 8. S. 73. fgg.

§. 157.

2) Sog. accessio.

Accessio nennt man diejenige Erwerbungsart, wo Jemand dadurch, daß zu seiner Sache, als der Hauptsache, eine andere als Nebensache hinzukommt, auch das Eigenthum der Letztern erwirbt [a]). Diese Erwerbungsart beruht auf dem Grundsatz: *Accessio cedit principali* [b]), oder, wie ihn die Neuern auszudrücken pflegen: **Res accessoria sequitur rem principalem**, oder: **Accessorium sequitur suum principale.** Die verschiedenen Accessionsfälle lassen sich am zweckmäßigsten auf zwey Classen zurückführen [c]). Sie sind nämlich theils solche, wo eine Sache, die vorher noch gar keinen, oder wenigstens keinen bekannten Eigenthümer hatte, theils solche, wo eine bisher im Eigenthum eines bestimmten Andern befindlich gewesene Sache von dem Eigenthümer der Hauptsache durch das Hinzukommen zu derselben erworben wird [d]). Nur bey den Fällen der zweiten Art kommt die Frage in Betracht, ob und inwiefern derjenige, welcher durch die sog. accessio sein bisheriges Eigenthum verliert, zu entschädigen sey? — Zur erstern Classe nun gehören, außer dem im vorigen §. unter Nr. 2. vorgekommenen Fall der Auffindung eines Schatzes, als welcher aus Rücksicht auf die Accession zur Hälfte dem Grundeigenthümer (und nur zur andern Hälfte dem Finder) gebührt, folgende Fälle: 1) Das Entstehen organischer Erzeugnisse einer Sache [e]). Nämlich an den Früchten einer Sache erwirbt im Moment ihrer Entstehung derjenige das Eigenthum, welcher es an der fruchttragenden Sache hat, nach der Regel: **Fructus penden-**

tes pars fundi videntur [f]). Eben so kommt an den Kindern einer Sclavin und an den Jungen eines Thieres dem Eigenthümer der Mutter, ohne Rücksicht auf den Vater, das Eigenthum zu [g]), sofern nicht ein Anderer aus einem besondern Grunde zu diesem Erwerbe berechtiget ist [h]). 2) Die Anschwemmung (alluvio). Was nämlich ein Fluß nach und nach an ein Grundstück anschwemmt, wird vom Eigenthümer des Letztern erworben [i]). 3) Das Entstehen einer mit dem Boden zusammenhängenden Insel in einem öffentlichen Flusse. An derselben kommt das Eigenthum denen zu, welche an den Ufern dieses Flusses Grundstücke besitzen, und zwar wird die Insel, wenn sie die Mitte des Flusses erreicht, den Grundbesitzern an beyden Ufern, nach Verhältniß der Breite ihrer Grundstücke, gemeinschaftlich, während sie dagegen, wenn sie nur an dem einen Ufer des Flusses liegt, nur denen zufällt, welche an diesem Ufer Grundstücke besitzen [k]). 4) Der Fall eines verlassenen Flußbettes. Wenn nämlich ein Fluß sein Bett (alveus) verläßt und sich ein anderes bildet, so fällt jenes verlassene und ausgetrocknete Flußbett den Eigenthümern der angrenzenden Grundstücke zu, und zwar nach Verhältniß der Breite derselben; das neue Flußbett aber wird eben so, wie der Fluß selbst, eine res publica [l]). Kehrt nun der Fluß nach einiger Zeit zu seinem frühern Bett zurück, so wird auch das neue, jetzt wieder verlassene Flußbett nach der Consequenz des Rechts ebenfalls Eigenthum der angrenzenden Grundbesitzer, ohne daß der vorige Eigenthümer dieses Flußbettes, sofern er nicht noch ein angrenzendes Grundstück besitzt, irgend einen Anspruch darauf hat [m]). Wenn aber ein Grundstück durch einen neuen Arm des Flusses in die Form einer Insel gebracht wird, so wird dadurch eben so wenig, als durch eine bloße Ueberschwemmung, eine Veränderung in den bisherigen Eigenthumsverhältnissen herbeygeführt [n]). — Uebrigens ist bey den unter Nr. 2 — 4. aufgeführten Accessionsfällen zum Erwerb des Privateigenthums an der sog. res accessoria erforderlich, daß die an den Fluß angrenzenden Grundstücke *arcifinii* agri sind, d. h. solche, welche keine unter öffentlicher Auctorität abgesteckten Grenzen haben, sondern nur durch natürliche oder willkührliche Feldscheiden abgegrenzt sind [o]). Denn sind es agri *limitati* (a. u.), d. h. solche, de-

ren Grenzen vom Staate förmlich abgesteckt sind [p]), so ist sowohl die in dem daran stoßenden öffentlichen Flusse entstandene Insel, als auch das verlassene Flußbett herrenlos und mithin der Occupation unterworfen [q]), und auch das jus alluvionis ist auf dergleichen Feldgrundstücke nicht anwendbar [r]).

a) Ueber die Römische Bedeutung von *accessio*, sofern dieß Wort auf Sachen bezogen wird, s. §. 64. Note a) u. b), und §. 65. Note c).

b) l. 19. §. 13. D. de aur. argent. leg. (XXXIV. 2.)

c) Ueber die früherhin gebräuchlich gewesene Eintheilung der accessio in eine naturalis, industrialis (oder artificialis) u. mixta s. Höpfner's Commentar ꝛc. §. 308. — Vgl. auch Guyet Abhandl. S. 246.

d) Vgl. Mackeldey's Lehrb. §. 247.

e) Im Röm. Sprachgebrauch werden freylich die Früchte von den accessiones unterschieden. Vgl. §. 65. Note d).

f) l. 44. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 25. pr. u. §. 1. D. de usur. (XXII. 1.)

g) l. 28. §. 1. D. eod. §. 19. u. 37. in f. I. h. t. l. 6. D. h. t. l. 5. §. 2. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 7. C. eod. (III. 32.)

h) §. 37. I. h. t. u. l. 28. pr. D. de usur. (XXII. 1.)

i) Gaj. II. §. 70. „. . . . . Per alluvionem autem videtur adjici, quod ita paulatim flumen agro nostro adjicit, ut aestimare non possimus, quantum quoquo momento temporis adjiciatur; hoc est, quod vulgo dicitur, per alluvionem id adjici videri, quod ita paulatim adjicitur, ut oculos nostros fallat.“ §. 20. I. h. t. „. . . . . Est autem *alluvio* incrementum latens. . . .“ l. 7. §. 1. D. h. t.

k) Gaj. II. §. 72. §. 22. I. h. t. l. 7. §. 3. l. 29. u. l. 56. pr. D. h. t. Wenn jedoch die in einem öffentlichen Flusse entstandene Insel nicht mit dem Boden selbst oder dem Flußbette zusammenhängt, sondern nur aus Buschwerk oder ähnlichen Bestandtheilen zusammengesetzt und beweglich ist, so ist sie, wie der Fluß selbst, eine publica res. l. 65. §. 2. u. 4. D. h. t. — Sollte übrigens in einem Privatflusse eine Insel entstehen, (was jedoch nicht leicht vorkommen kann, da alle regelmäßig fließende Flüsse [perennia] für öffentliche gelten, l. 1. §. 3. D. de flumin. [XLIII. 12],) so würde sie dem Privateigenthümer des Flusses zugehören, während dagegen eine im Meer entstandene Insel herrenlos ist, und also von Jedem occupirt werden kann. §. 22. I. h. t. u. l. 7. §. 3. D. h. t.

l) §. 23. I. h. t. l. 7. §. 5. u. l. 30. §. 1. D. h. t. l. 1. §. 7. D. de flumin. (XLIII. 12.)

m) §. 23. in f. I. h. t. u. l. 7. §. 5. D. h. t. Doch erklärt sich Gajus in der l. cit. in f. „. . . . . sed vix est, ut id obtineat,“ gegen

die Statthaftigkeit dieſer zwar der Conſequenz des Rechts angemeſſenen, aber der Billigkeit widerſtreitenden Annahme.

n) §. 22. in f. u. §. 24. I. h. t. l. 7. §. 4. u. 6. u. l. 30. §. 2. D. h. t. l. 1. C. de alluv. (VII. 41.)

o) Isid. Or. XV. c. 13. „ . . . . . *Arciſinius* ager dictus est, quia certis linearum mensuris (non) continetur, sed arcentur fines ejus objectu fluminum, montium, arborum, ... “ Sicul. Flacc. de condit. agror. p. 3. u. Frontin. de limit. p. 38. (ed. Goes.)

p) Dieß geſchah bey ſolchen Aeckern, welche der Staat vom Gemeinlande abſonderte, und Einzelnen zum Privateigenthum anwies. Vgl. Niebuhr's Röm. Geſch. Th. 2. S. 697. fgg.

q) l. 1. §. 6. u. 7. D. de flumin. (XLIII. 12.)

r) l. 16. D. h. t.

§. 158.

Fortſetzung.

Soll eine bisher in Jemandes Eigenthum befindlich geweſene Sache durch ihr Hinzukommen zu einer andern Sache vom Eigenthümer der Letztern unwiderruflich erworben werden, ſo wird dazu vorausgeſetzt, daß die Trennung beyder Sachen nicht mehr möglich iſt; denn ſonſt kann in der Regel der Eigenthümer der Nebenſache durch die ad exhibendum actio auf Trennung der verbundenen Sachen klagen, und dann die Seinige vindiciren [a]). Es treffen nun aber die verſchiedenen, in dieſe Kategorie (alſo zu der im vorigen §. bemerkten zweiten Claſſe der Acceſſionen) gehörigen Fälle in dem Begriff der *adjunctio** zuſammen, welche darin beſteht, daß zwey verſchiedenen Eigenthümern zugehörige Sachen in feſte Verbindung mit einander gebracht werden [b]). Einzelne Arten derſelben ſind: 1) Das Einweben fremder Fäden in eigenen Stoff, oder umgekehrt; wobey jedesmal das Gewand als die Hauptſache betrachtet wird, wenn auch die eingewebten Fäden koſtbarer ſeyn ſollten [c]). 2) Das Anſchweißen (ferruminatio), wobey die Verbindung zweyer Sachen, z. B. eines Armes mit einer Statue, ohne Dazwiſchenkunft eines andern Stoffes geſchieht, während dagegen bey dem Anlöthen (plumbatura) die Verbindung zweyer Sachen vermittelſt einer andern Materie bewirkt wird. Im letztern Falle iſt noch Trennung möglich, im erſtern aber

wird das Eigenthum an der zur Hauptsache hinzugekommenen Nebensache sofort unwiderruflich erworben [d]). 3) Das Schreiben (scriptura) auf fremdem Material, wobey immer das Material als die Hauptsache angesehen wird, wenn auch die Schrift ungleich werthvoller seyn sollte [e]). 4) Das Malen (pictura) auf fremdem Stoff. Hierbey waren nun die Röm. Juristen in Ansehung der Frage, ob der Stoff oder das Gemälde als die Hauptsache zu betrachten sey? verschiedener Meinung. Manche behaupteten, der Eigenthümer des Stoffes müsse auch an dem darauf angebrachten Gemälde, da dieses ohne jenen nicht existiren könne, das Eigenthum erwerben [f]). Andere nahmen das Gegentheil an aus Rücksicht auf den Werth eines Gemäldes [g]); und diese Meinung ist auch von Justinian gebilligt worden [h]). 5) Das Bauen entweder mit fremden Materialien auf eigenem Grund und Boden, oder umgekehrt. In jedem Falle wird hierbey nach der Regel: **Superficies solo cedit**, oder: **Omne, quod inaedificatur, solo cedit**, der Eigenthümer des Grundes und Bodens auch Eigenthümer des darauf gesetzten Gebäudes, solange es besteht [i]). 6) Das Säen und Pflanzen entweder mit fremdem Saamen oder fremden Pflanzen auf eigenem Boden, oder aber umgekehrt. Auch hier erwirbt der Eigenthümer des Grundstücks das Eigenthum der damit in Verbindung gebrachten Saat oder Pflanzen, sobald sie Wurzel geschlagen haben [k]). 7) Die *avulsio* *, welche darin besteht, daß durch die Gewalt eines Flusses oder durch ein anderes Naturereigniß ein ganzes Stück Land auf einmal von einem Grundstücke losgerissen und an ein anderes angesetzt wird. Hier erwirbt jedoch der Eigenthümer des Letztern das angesetzte Stück Land nicht eher, als bis es mit seinem Grundstück fest zusammengewachsen ist [l]). — Was nun die Frage anlangt, ob und inwiefern derjenige, welcher durch die Adjunction sein bisheriges Eigenthum verliert, zu entschädigen sey? so läßt sich in dem zuletzt angegebenen Falle, da hier die Accession als casus zu betrachten ist, auf Seiten des Grundeigenthümers, der das angesetzte Stück Land erwirbt, eine Entschädigungsverbindlichkeit gegen den Andern, der dasselbe verliert, nicht annehmen [m]). In den übrigen Fällen der Adjunction aber kommt es in Betreff jener Frage theils darauf an,

Welcher von den beyden Betheiligten die Adjunction vorgenommen hat, theils darauf, ob dieß bona oder mala fide geschehen ist. — α) Hat nämlich die Adjunction derjenige, welcher dadurch das Eigenthum an einer bisher fremden Sache erwirbt, vorgenommen, und zwar mit dem Bewußtseyn, daß die Sache fremd sey (mala fide), so kann er, wie ein Dieb, sowohl durch die furti actio als durch die condictio furtiva belangt werden [n]). Hielt er aber die fremde Sache für die Seinige (bona fide), so braucht er in der Regel nur den Werth derselben dem bisherigen Eigenthümer zu bezahlen, und es findet deßhalb gegen ihn eine in factum actio Statt, oder auch, falls er selbst die Sache vindiciren will, die exceptio doli mali, bis er die ihm obliegende Entschädigung leistet [o]). Doch giebt es für einige, hierher gehörige Fälle besondere Klagen. Denn wenn Jemand auf fremdem Stoff ein Gemälde angebracht hat, und sich im Besitz befindet, so kann der bisherige Eigenthümer des Stoffs, ob er gleich streng genommen sein Eigenthumsrecht daran verloren hat, doch gegen den Maler, falls dieser ihm den Werth des Stoffes nicht bezahlt, eine utilis in rem actio anstellen, und dadurch sein voriges Eigenthum vindiciren, wenn er nur den Maler für die durch das Gemälde veranlaßten Kosten zu entschädigen bereit ist [p]). Eben so räumten manche Römische Juristen auch dem bisherigen Eigenthümer eines auf fremden Boden verpflanzten und mit demselben zusammengewachsenen Baumes eine utilis in rem actio zu seiner Entschädigung ein [q]). Ferner kann der, welcher mit fremden Baumaterialien (tignum [r])) auf seinem Boden gebaut hat, gleichviel, ob bona oder mala fide, durch die actio de tigno juncto (n. a. u.) auf den doppelten Werth der Materialien vom Eigenthümer derselben belangt werden. Diese Klage war dem Letztern schon durch die zwölf Tafeln gestattet worden, weil er, solange das Gebäude steht, seine Materialien nicht vindiciren darf, damit nicht deßhalb das Gebäude niedergerissen werden müsse [s]). Hat er aber von dieser Klage keinen Gebrauch gemacht, so kann er, wenn das Gebäude einmal niedergerissen wird oder einstürzt, seine Materialien allerdings noch vindiciren [t]). — β) Ist die Adjunction umgekehrt von demjenigen, welcher dadurch das Eigenthum seiner Sache verliert, vorgenommen worden, und zwar mala fide,

ſo gebührt ihm für ſeinen dießfallſigen Verluſt keine Entſchädigung [u]), es müßte denn die von ihm adjungirte Sache als ein nothwendiger Aufwand in Bezug auf die fremde Sache anzuſehen ſeyn [v]). Hielt er ſich aber bey der Adjunction für den Eigenthümer der fremden Sache, ſo kann er, obſchon ihm keine Klage auf Entſchädigung zuſteht, doch, ſolange er ſich noch im Beſitz der verbundenen Sachen befindet, das Retentionsrecht daran ausüben, und ſich alſo gegen den vindicirenden Eigenthümer, bis er von ſelbigem Entſchädigung erlangt, durch die exceptio doli mali ſchützen [x]), und in dem Falle, wenn er mit eigenen Materialien auf fremdem Boden gebaut hat, kann er dieſelben, dafern er nicht bereits in dieſer Hinſicht entſchädiget worden iſt, nach der Niederreißung des Gebäudes vindiciren [y]).

a) l. 6. u. l. 7. §. 2. D. ad exhib. (X. 4.) l. 23. §. 5. D. de rei vindic. (VI. 1.)

b) Ueber die verſchiedenen Rückſichten, nach denen zu beſtimmen iſt, welche von den verbundenen Sachen als Haupt- oder als Nebenſache zu betrachten ſey, ſ. §. 64. Note c), u. l. 26. §. 1. u. l. 27. §. 2. D. h. t. Vgl. auch Schrader in ſ. Inſtitut. Ausg. p. 194. v. *licet pretiosior.*

c) §. 26. I. h. t. u. l. 23. §. 1. D. de aur. argent. leg. (XXXIV. 2.)

d) l. 23. §. 5. D. de rei vindic. (VI. 1.) „. . . . . Dicit enim (sc. Cassius), si statuae suae ferruminatione junctum brachium sit, unitate majoris partis consumi, et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod adplumbatum sit, quia *ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit.* . . .“ l. 27. pr. D. h. t.

e) Gaj. II. §. 77. §. 33. I. h. t. l. 9. §. 1. D. h. t. l. 3. §. 14. D. ad exhib. (X. 4.)

f) l. 23. §. 3. D. de rei vindic. (VI. 1.) u. §. 34. I. h. t.

g) Gaj. II. §. 78. (wo jedoch bemerkt wird: „cujus diversitatis [nämlich zwiſchen dem, was bey der scriptura, und dem, was bey der pictura gelte,] vix idonea ratio redditur.“) l. 9. §. 2. D. h. t.

h) §. 34. I. h. t. „. . . . Sed nobis videtur melius esse, *tabulam picturae cedere;* ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. . . .“

i) Gaj. II. §. 73. §. 29. u. 30. l. h. t. l. 7. §. 10—12. D. h. t. l. 2. C. de rei vindic. (III. 32.) Doch geht dadurch für den Eigenthümer der Materialien ſein Eigenthums- und Vindicationsrecht derſelben nicht für

immer verloren. S. Note t) u. y). — Wenn übrigens Jemand im Meere oder am Ufer deſſelben Etwas erbaut, (wozu jedoch nach dem Röm. Recht die Erlaubniß der Obrigkeit erforderlich iſt, damit das dießfallſige Bauen nicht zum Nachtheil Anderer gereiche,) ſo erwirbt er nicht allein am Gebäude ſelbſt das Eigenthum, ſondern es wird auch ſogar Grund und Boden, ſoweit das Gebäude reicht und ſolange es beſteht, als ihm zugehörig betrachtet. l. 14. u. 50. D. h. t. l. 1. §. 18. D. de oper. nov. nunciat. (XXXIX. 1.) l. 5. §. 1. u. l. 6. pr. D. de divis. rer. (I. 8.)

k) Gaj. II. §. 74. u. 75. §. 31. u. 32. I. h. t. l. 7. §. 13. u. l. 9. pr. D. h. t. u. l. 11. C. de rei vindic. (III. 32.) Aber auch wenn der Baum wieder von dem Boden getrennt wird, fällt er doch nicht an ſeinen vorigen Eigenthümer zurück, da angenommen wird, daß er durch die aus dem fremden Boden gezogene Nahrung ſeine frühere Natur verändert habe. l. 26. §. 2. D. h. t.

l) §. 21. I. h. t. l. 7. §. 2. D. h. t. Wenn es daher bey Gaj. II. §. 71. heißt: „Quodsi flumen partem aliquam ex tuo praedio detraxerit, et ad meum praedium attulerit, *haec pars tua manet*," ſo iſt dieß nur auf die Zeit zu beziehen, wo das angeſetzte Stück Land mit dem andern Grundſtück noch nicht feſt zuſammengewachſen iſt.

m) Vgl. Guyet Abhandl. ꝛc. S. 246. fgg.

n) §. 26. u. 34. in f. I. h. t. l. 52. §. 14. D. de furt. (XLVII. 2.)

o) l. 23. §. 4. u. 5. D. de rei vindic. (VI. 1.) u. arg. l. 3. §. 14. in f. D. ad exhib. (X. 4.)

p) Gaj. II. §. 78. l. 9. §. 2. D. h. t. §. 34. I. h. t. u. Theophil. dazu. Vgl. auch Schrader's Inſtitut. Ausg. zu dieſer Stelle.

q) l. 5. §. 3. D. de rei vindic. (VI. 1.)

r) l. 1. §. 1. D. de tigno juncto. (XLVII. 3.) „*Tigni* . . . . appellatione continetur omnis materia, ex qua aedificium constet, vineaeque necessaria. Unde quidam ajunt, tegulam quoque et lapidem, et testam ceteraque, si qua aedificiis sunt utilia; tigna enim a *tegendo* dicta sunt; hoc amplius et calcem, et arenam tignorum appellatione contineri. Sed et in vineis *tigni* appellatione omnia vineis necessaria continentur, utputa perticae, pedamenta." §. 29. I. h. t. l. 7. §. 10. D. h. t. Festus. v. *Tignum*.

s) §. 29. I. cit. l. 23. §. 6. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 6. D. ad exhib. (X. 4.) l. 1. pr. D. de tign. junct. (XLVII. 3.) Indeſſen kann gegen einen Solchen, welcher wiſſentlich fremde Materialien in ſein Gebäude verbaut hat, ſtatt der actio de tigno juncto, ſo lange das Gebäude noch ſteht, auch die ad exhibendum actio auf Leiſtung des vollen Intereſſe angeſtellt werden, ſo daß dabey der Beklagte wie ein Solcher behandelt wird, qui dolo malo fecit, quo minus possideat. l. 1. §. 2. D. eod. u. l. 23. §. 6. D. de rei vindic. (VI. 1.) Uebrigens findet die actio de tigno juncto nach den zwölf Tafeln auch in dem Falle Statt, wenn Jemand fremde Materialien in ſeinen Weinberg verbaut hat,

weil hier ebenfalls die Vindication dem Eigenthümer der Materialien unterſagt iſt, damit nicht der Weinbau geſtört werde. l. 1. pr. D. de tigno juncto. Festus. v. *Tignum*.

t) §. 29. in f. I. h. t. l. 7. §. 10. u. 11. D. h. t. l. 59. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 7. §. 2. D. de except. rei judic. (XLIV. 2.) Uebrigens wird die Vindication der Materialien nach Niederreißung des Gebäudes auch dadurch nicht ausgeſchloſſen, daß der, welcher diebiſcher Weiſe fremde Materialien an ſich gebracht, und in ſein Gebäude verwendet hatte, deßhalb bereits durch die furti actio belangt worden iſt. l. 2. D. de tigno juncto. (XLVII. 3.)

u) §. 30. 32. in f. u. 33. in f. I. h. t. l. 7. §. 12. l. 9. pr. u. §. 1. in f. D. h. t. l. 11. C. de rei vindic. (III. 32.) — Natürlich iſt hier nicht von ſolchen Fällen die Rede, wo Jemand als Geſchäftsführer, oder als Uſufructuar, oder als Pachter die Adjunction vorgenommen, z. B. das fremde Land beſaamt oder bepflanzt hat; denn in dergleichen Fällen kommen die aus der Natur dieſer Verhältniſſe ſich ergebenden Rechtsbeſtimmungen zur Anwendung.

v) arg. l. 5. C. eod.

x) Vgl. die in d. Note u) angef. Stellen, ferner Gaj. II. §. 76. u. 77. l. 23. §. 4. D. de rei vindic. (VI. 1.) u. l. 16. C. eod. (III. 32.) — l. 33. D. de condict. indeb. (XII. 6.) l. 14. D. de doli mali except. (XLIV. 4.)

y) Vgl. die in der Note t) z. A. angef. Stellen. — Wer *mala fide* mit eigenen Materialien auf fremdem Boden gebaut hat, kann dieſelben zufolge des §. 30. I. h. t. u. d. l. 7. §. 12. D. h. t. auch nach der Niederreißung des Gebäudes nicht vindiciren. Nach der l. 2. C. de rei vindic. (III. 32.) aber kommt ihm dieß Recht allerdings zu, ſofern er bey dem Baue nur nicht die Abſicht der Schenkung gehabt hat.

§. 159.

3) Specificatio*.

Das Wort *specificatio*, das man nach dem Ausdruck des Röm. Rechts: *speciem facere* [a]), gebildet hat [b]), bezeichnet an und für ſich überhaupt die Umgeſtaltung einer Sache. Als Erwerbungsart des Eigenthums für den Specificanten kann ſie jedoch nur dann in Betracht kommen, wenn er eine fremde Sache umgeſtaltet, und zwar in eignem Namen und mit der Abſicht, für ſich die neue species zu fertigen [c]). Es waren indeſſen hinſichtlich der Frage, Wem das Eigenthum der durch Umformung einer Sache hervorgebrachten neuen species zu-

komme? die Schulen der Röm. Juriſten verſchiedener Meinung. Die Sabinianer nämlich ſchrieben es dem Eigenthümer der Materie zu, weil ohne dieſe die neue species nicht hätte hervorgebracht werden können; die Proculianer dagegen legten es dem Specificanten bey, weil die Sache in ihrer neuen Geſtalt vorher nach Niemandem zugehört hätte [d]). Noch Andere ſchlugen einen Mittelweg ein, und meinten, daß die neue species nur dann, wenn ſie nicht wieder auf ihre vorige Beſchaffenheit zurückgebracht werden könne, in das Eigenthum des Specificanten übergehe, ſonſt aber dem Eigenthümer der Materie gebühre [e]); und dieſe letztere Meinung iſt auch von Juſtinian gebilliget worden [f]). Hat nun der Specificant theils aus eigenem, theils aus fremdem Stoffe die neue species gebildet, ſo erwirbt er jedesmal das Eigenthum derſelben [g]). Auch iſt es für den Eigenthumserwerb gleichgültig, ob der Specificant wußte, daß die von ihm umgeformte Sache eine fremde ſey, oder ſie für die Seinige hielt [h]); doch iſt in anderer Beziehung dieſer Unterſchied von Einfluß. Denn im erſtern Falle kann der Specificant durch die ad exhibendum actio auf vollen Schadenserſatz, ja ſogar durch die aus dem Diebſtahl entſpringenden Klagen belangt werden [i]), während er dagegen im letztern Falle zwar auch den Eigenthümer des Stoffes entſchädigen muß [k]), aber nur durch Bezahlung des einfachen Werthes der Sache [l]).

a) §. 25. I. h. t. l. 7. §. 7. D. h. t.

b) Doch kommt es ſchon im ſog. Brachylogus vor. II. 5. (ed. Boecking.)

c) Daher heißt es in der l. 7. §. 7. D. h. t.; „Cum quis ex *aliena* materia speciem aliquam *suo nomine* fecerit, ...“ Denn an einer eignen Sache iſt ein anderweiter Eigenthumserwerb unmöglich, §. 10. I. de legat. (II. 20.) u. §. 14. I. de action. (IV. 6.), u. geſchieht die Specification einer fremden Sache im Namen oder Auftrag eines Andern, ſo wird dieſem das Eigenthum erworben. l. 25. u. l. 27. §. 1. D. h. t. — Uebrigens iſt es unpaſſend, wenn Manche unſerer Juriſten die Specification mit zur accessio rechnen. Vgl. hierüber G. F. Haenel de acquir. rer. dom. §. 23., und des Verfaſſers Bemerk. S. 165. fgg.

d) Gaj. II. §. 79. u. l. 7. §. 7. D. h. t.

e) l. 7. §. 7. D. cit. l. 24. u. l. 26. pr. D. h. t. §. 25. I. h. t. Vgl. Dirkſen's Beiträge S. 60—64.

f) §. 25. I. cit. u. Theophil. dazu: „.... Τρίτη δὲ γέγονε γνώμη, μέση τις οὖσα, ... ἣν καὶ ὁ ἐνσεβέστατος ἡμῶν ἐπελέξατο δεσπότης.“ (Tertia vero exstitit sententia, media quaedam, ... quam et religiosissimus noster elegit dominus.) Uebrigens wird die Specification, als Erwerbungsart des Eigenthums, in unsern Quellen überall nur auf bewegliche Sachen bezogen. Doch läßt sich das Ausdreschen fremden Getreydes nicht füglich zu den Fällen der Specification rechnen, da die Körner auch nach der Ausdreschung ihre vorige Form behalten, mithin dadurch keine neue species hervorgebracht wird. Diese Ansicht spricht auch Gajus aus in der l. 7. §. 7. in f. D. h. t., welche Stelle dem in diesem Puncte unvollständigern §. 25. I. h. t. vorgehen muß. Vgl. §. 19. Nr. 2. und die dazu gehörige Note c). Eben so wenig kann auch das Anstreichen oder Färben einer Sache für eine Specification gelten. l. 26. §. 3. D. h. t.

g) §. 25. in f. I. h. t. „..... Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque, ..., dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit; cum non solum operam suam dedit, sed et partem ejusdem materiae praestavit.“ Vgl. hierzu Schrader in s. Institut. Ausg. — Von Buchholtz in d. Versuchen S. 128. will diesen Fall zu der sog. commixtio und confusio gerechnet wissen; allein dieß läßt sich nur dann annehmen, wenn die verbundenen Sachen ihre vorige Beschaffenheit im Wesentlichen beybehalten haben, und also nicht umgestaltet worden sind. l. 5. §. 1. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 27. §. 1. D. h. t. Vgl. auch Schrader a. a. O., u. den folg. §.

h) Dieß folgt nämlich theils daraus, daß in den beyden Hauptstellen über die Specification, d. l. 7. §. 7. D. h. t. u. §. 25. I. h. t., die bona fides des Specificanten keineswegs als Erforderniß zum Eigenthumserwerb für ihn aufgestellt wird, theils aus dem Grunde, worauf diese Erwerbungsart beruht. l. 9. §. 3. D. ad exhib. (X. 4.) „..... nam mutata forma prope interimit substantiam rei.“ Doch scheint unter den Röm. Juristen Paulus die mala fides des Specificanten als Hinderniß des Eigenthumserwerbs für ihn betrachtet zu haben, l. 12. §. 3. D. eod. u. l. 4. §. 20. D. de usurpat. (XLI. 3.), und dieser Meinung sind auch unter unsern Juristen Manche zugethan. Vgl. übrigens Seuffert's Erörterungen ꝛc. Abth. 2. Nr. 4.

i) l. 9. §. 3. D. ad exhib. (X. 4.) — Gaj. II. §. 79. in f. §. 26. I. h. t. u. l. 52. §. 14. D. de furt. (XLVII. 2.)

k) arg. l. 3. u. 14. D. de condict. indeb. (XII. 6.)

l) arg. l. 23. §. 4. D. de rei vindic. (VI. 1.) u. l. 31. §. 3. D. de hered. petit. (V. 3.) — Daß er aber auch durch die legis Aquiliae actio belangt werden könne, läßt sich aus der dafür angeführten l. 27. §. 14. in f. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.), die sich auf ganz andere Fälle bezieht, schwerlich ableiten.

§. 160.

4) Commixtio*. 5) Confusio[a]).

Commixtio nennt man gewöhnlich die Vermengung fester oder trockener, verschiedenen Eigenthümern zugehöriger Sachen[b]). Geschah diese nun mit Einwilligung beyder Interessenten, so wird das aus der Mischung entstandene Ganze gemeinschaftlich[c]), während dagegen, wenn sie durch Zufall, oder von Einem der Eigenthümer allein geschah, jeder Interessent sein bisheriges Eigenthum behält, und daher seine Sachen von denen des andern wieder absondern, oder dafern dieß unausführbar seyn sollte, von dem aus der Mischung entstandenen Ganzen so viel, als von dem Seinigen dazu gekommen ist, vindiciren kann[d]). In dem Falle aber, wenn Jemand fremdes Geld wider Wissen und Willen des Eigenthümers ausgezahlt erhalten, und mit seinem Gelde vermengt hat, so daß die verschiedenen Geldstücke nicht mehr gesondert werden können, erwirbt er allerdings das Eigenthum daran, und es bleibt dem vorigen Eigenthümer nur sein Regreß gegen den, durch welchen die Zahlung erfolgt ist, übrig[e]). — Unter *confusio* in dem hierher gehörigen Sinne versteht man gewöhnlich die Vermischung flüssiger oder flussig gemachter, verschiedenen Eigenthümern zugehöriger Sachen[f]). Geschah sie nun mit Einwilligung beyder Interessenten oder auch durch Zufall, so wird, gleichviel ob Sachen derselben oder verschiedener Art unter einander gemischt worden sind, das daraus entstandene Ganze gemeinschaftlich nach Verhältniß dessen, was von einem Jeden dazu gekommen ist[g]). Wenn aber das Zusammengießen von einem Theile allein ohne Einwilligung des andern geschah, so kommt es darauf an, ob Sachen derselben Art, oder verschiedener Art vermischt worden sind. Nur im erstern Falle wird das Eigenthum an dem durch die Mischung entstandenen Ganzen gemeinschaftlich; doch kann der, welcher sie dolo malo vornahm, durch die ad exhibendum actio auf Schadensersatz, ja sogar wie ein Dieb durch die furti actio belangt werden[h]). Im letztern Fall dagegen behält Jeder der Interessenten sein bisheriges Eigenthumsrecht, und kann also seine Sachen von denen des andern absondern, oder dafern die Trennung nicht möglich seyn sollte, von dem

aus der Mischung entstandenen Ganzen so viel, als von dem Seinigen dazu gekommen ist, vindiciren; es wäre denn, daß die vermischten Sachen durch die Mischung eine wesentliche Aenderung ihrer vorigen Beschaffenheit erlitten hätten; denn alsdann kommen die Regeln von der Specification zur Anwendung [i]).

a) Vgl. von Buchholtz Versuche ꝛc. Nr. 10., womit jedoch die hier gegebene Darstellung nicht durchgängig übereinstimmt.

b) Im Röm. Recht wird das Zeitwort *miscere* oder *commiscere* (denn das Hauptwort commixtio kommt nicht vor,) nicht blos, wie bey den Neuern, von der Vermengung fester oder trockner, sondern auch von der Vermischung flüssiger oder flüssig gemachter Stoffe gebraucht, z. B. l. 3. §. 2. l. 5. §. 1. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 7. §. 8. D. h. t.

c) §. 28. I. h. t. u. l. 5. pr. D. de rei vindic. (VI. 1.)

d) S. die in der vorigen Note cit. Stellen.

e) l. 78. D. de solut. (XLVI. 3.)

f) Die Worte *confundere* und *confusio* kommen in unsern Quellen nicht blos für die Vermischung flüssiger Sachen vor, z. B. §. 27. I. h. t. l. 4. D. de rei vindic. (VI. 1.), sondern auch für die Vermischung oder Verbindung anderer Sachen, z. B. l. 5. pr. u. l. 23. §. 5. D. eod. Als eigentlich technischer Ausdruck aber bedeutet *confusio* etwas ganz Anderes. Vgl. §. 97. Nr. 3. u. die dazu gehörigen Noten i) u. k).

g) §. 27. I. h. t. l. 7. §. 8. u. 9. D. h. t.

h) l. 3. §. 2. u. l. 4. D. de rei vindic. (VI. 1.)

i) l. 5. §. 1. D. eod. u. l. 12. §. 1. D. h. t.

§. 161.

6) Erwerb der Früchte einer fremden Sache [a]).

Solange die Früchte noch mit der fruchttragenden Sache zusammenhängen, sind sie, als ein Theil derselben, dem Eigenthümer der Hauptsache zugehörig [b]). Dagegen kann nicht nur nach der Trennung derselben von der Hauptsache, sondern auch schon durch die Trennung selbst, da von nun an die Früchte besondere, für sich bestehende Sachen bilden, auch ein besonderes Eigenthum an ihnen für einen Andern, als den Eigenthümer der Hauptsache, erworben werden. Hierbey sind nun folgende Fälle zu unterscheiden: 1) Wer sein Recht auf die Früchte von

dem des Eigenthümers ableitet, z. B. als Usufructuar oder Pachter, der erwirbt das Eigenthum an den Früchten der fremden Sache in der Regel erst durch perceptio derselben, d. h. durch Besitzergreifung, welche durch die von ihm selbst oder von seinen Stellvertretern bewirkte Trennung der Früchte von der Hauptsache geschieht [c]). Doch leidet diese Regel Ausnahmen theils bey den Jungen der Thiere, als welche sogleich mit ihrer Geburt, also ohne daß es einer besondern Apprehension bedarf, in das Eigenthum des Nutzungsberechtigten übergehen [d]), theils in der Person des Pachters eines vectigalis fundus, und also im neuern Römischen Recht des Emphyteuta. Denn dieser erwirbt, da er den juristischen Besitz der Hauptsache hat (§. 133. Note m)), das Eigenthum an den Früchten derselben schon durch die bloße Separation, d. h. sobald sie auf irgend eine Art, also auch ohne sein Zuthun, von der fruchttragenden Sache getrennt sind [e]). — 2) Wer eine fremde Sache bona fide als die Seinige besitzt, erwirbt, solange seine dießfallsige bona fides dauert [f]), an allen Früchten der in seinem Besitz befindlichen Sache, mithin an den blos natürlichen eben so gut, als an den Industrialfrüchten [g]), ebenfalls schon durch die bloße Separation derselben das Eigenthum sofort, also ohne daß es erst der Usucapion bedarf [h]). Doch ist sein dießfallsiges Eigenthumsrecht freylich nur ein interimistisches oder widerrufliches [i]). Denn wenn er späterhin vom Eigenthümer der Sache auf Herausgabe derselben belangt wird, so muß er mit der Hauptsache zugleich auch noch die bey ihm vorhandenen Früchte restituiren [k]), während er dagegen die vor angestellter Klage bereits consumirten Früchte, mögen sie physisch oder juristisch, d. h. durch Veräußerung, consumirt seyn, dem Eigenthümer in der Regel nicht zu vergüten braucht, wenn er auch dadurch einen Gewinn gemacht hat [l]). — 3) Ein malae fidei possessor aber kann an den Früchten der in seinem Besitz befindlichen fremden Sache auf keine von den bisher angegebenen Arten Eigenthum erwerben; vielmehr ist er auch für die bereits consumirten Früchte, ja selbst für die sog. fructus percipiendi (§. 66.) dem Eigenthümer Entschädigung zu leisten verpflichtet [m]).

a) Vgl. von Savigny's Recht des Besitzes §. 22[a], Unterholzner im Archiv f. d. Civil. Prax. B. 8. Nr. 13. S. 309. fgg., u. Backe Ba-

nae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat. Berol. 1825. (Die Ansichten dieser drey Schriftsteller sind aber sehr abweichend von einander.) Ueber die beyden Letztern vgl. Huschke in der Tüb. Krit. Zeitsch. B. 2. S. 189. fgg., u. andere hierher gehörige Schriften s. in Mackeldey's Lehrb. §. 266. Note b).

b) Vgl. §. 157. Note f), u. l. 61. §. 8. D. de furt. (XLVII. 2.) „..... fructus, quamdiu solo cohaereant, fundi esse, ..."

c) l. 61. §. 8. D. cit. §. 36. I. h. t. l. 12. §. 5. D. de usufr. (VII. 1.) l. 13. D. quib. mod. usufr. amitt. (VII. 4.) l. 25. §. 1. D. de usur. (XXII. 1.) l. 8. in f. D. de ann. leg. (XXXIII. 1.) — l. 78. D. de rei vindic. (VI. 1.) „.... *Perceptionem fructus* accipere debemus, non si perfecte collecti, sed etiam coepti ita percipi, ut terra continere se fructus desierint, veluti si olivae, uvae lectae, nondum autem vinum, oleum ab aliquo factum sit, statim enim ipse accepisse fructum existimandus est."

d) §. 37. I. h. t. „In pecudum fructu etiam foetus est, ... itaque agni et haedi et vituli et equuli *statim* (Theophil. h. l. „ἅμα τῷ τεχθῆναι" [simulac nati sunt],) naturali jure dominii sunt fructuarii. ...." l. 28. pr. D. de usur. (XXII. 1.) A. M. ist Unterholzner a. a. O. S. 354. fgg.

e) l. 25. §. 1. in f. D. eod. „.... *ejus, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simul atque solo separati sunt.*" Das Nämliche muß wohl auch vom Pfandgläubiger eines Grundstücks, dem das Recht der Fruchtziehung durch Vertrag eingeräumt worden ist, da auch er den juristischen Besitz hat (§. 133. Note l)), angenommen werden. Vgl. von Savigny i. a. W. S. 278. — Ueber den Unterschied zwischen fructus *separati* nnd *percepti* vgl. auch §. 66. Note i).

f) Daß nämlich zur Zeit des Fruchterwerbs die bona fides des Besitzers vorhanden seyn müsse, ist in der l. 48. §. 1. D. h. t. klar ausgesprochen, und folgt auch aus der Analogie der l. 23. §. 1. u. l. 40. D. h. t. — Eine andere Ansicht findet sich jedoch in der l. 25. §. 2. D. de usur. (XXII. 1.)

g) l. 48. pr. D. h. t. „Bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, *non tantum eos, qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes*, quia, quod ad fructus attinet, loco domini paene est. ....." §. 35. I. h. t. Nach der l. 45. D. de usur. (XXII. 1.) scheint indessen der Fruchterwerb des bonae fidei possessor nur auf die Industrialfrüchte beschränkt zu seyn; doch ist dieß wohl nur von solchen Fällen zu verstehen, wo Jemand zwar bona fide, aber ohne einen gültigen Rechtstitel, die Sache erlangt hat. A. M. ist Unterholzner a. a. O. S. 336. fgg.

h) l. 25. §. 1. in f. u. l. 28. pr. D. eod. l. 13. in f. D. quib. mod. usufr. amitt. (VII. 4.) l. 48. pr. D. h. t. „.... Denique etiam, priusquam percipiat, *statim ubi a solo separati sunt*, bonae fidei

emtoris fiunt . . . . " l. 48. §. 6. D. de furt. (XLVII. 2.) „Ex furtivis equis nati *statim* ad bonae fidei emtorem pertinebunt; merito, quia in fructu numerantur; . . . . " l. 4. §. 19. D. de usurpat. (XLI. 3.) „ . . . . quoniam in fructu est, *nec usucapi debet, sed statim emtoris fit.*" A. M. iſt von Savigny a. a. O. — An dem partus ancillae, da dieſer gar nicht zu den Früchten gehört (vgl. Zuſatz zum §. 66.), kann der bonae fidei possessor der Sclavin erſt durch Uſucapion das Eigenthum erwerben, l. 48. §. 5. D. de furt., und dem partus ancillae wird in der l. cit. auch der junge Nachwuchs bey dem Heerdenvieh gleichgeſtellt, wovon der Grund wohl darin liegt, weil dieſer Nachwuchs wegen der nothwendigen Ergänzung der Heerde nicht ſowohl als Frucht, ſondern vielmehr als Theil der Heerde anzuſehen iſt. Vgl. Unterholzner a. a. O. S. 334. fgg.

i) l. 48. pr. D. h. t. verb. „suos *interim* facit." Vgl. Note g) z. A.

k) l. 22. C. de rei vindic. (III. 32.) „Certum est, malae fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, *bonae fidei vero, exstantes*, ... "

l) §. 35. I. h. t. §. 2. I. de offic. jud. (IV. 17.) l. 4. §. 2. D. fin. reg. (X. 1.) „ . . . . fructus . . . . bona fide percepit, et *lucrari* eum oportet, si eos consumsit, ... " Darauf geht auch der in der l. 40. in f. D. h. t. vom bona fide possessor gebrauchte Ausdruck: fructus praediorum *consumtos suos facit*, d. h. durch die Conſumtion der Früchte wird er hinſichtlich ihres Gewinnes ſicher geſtellt. Vgl. auch l. 4. §. 19. D. de usurpat. (XLI. 3.) — Indeſſen leidet dieſe Regel zufolge des ſog. SC. Juventianum (§. 136. Note u) u. v)) eine Modification bey dem bonae fidei possessor einer Erbſchaft, als welcher auch die bereits conſumirten Früchte, inſoweit er dadurch bereichert worden iſt, dem Erben vergüten muß. l. 40. §. 1. D. de hered. petit. (V. 3.) u. l. 1. §. 1. C. eod. (III. 31.)

m) §. 35. I. h. t. §. 2. I. de offic. jud. (IV. 17.) u. l. 22. C. de rei vindic. (III. 32.) Vgl. Note k).

Zuſatz. Solange der Unterſchied des Quiritariſchen und bonitariſchen Eigenthums beſtand, wurde an den Früchten einer fremden Sache durch Separation oder Perception derſelben in dem Falle, wenn die Früchte zu den mancipi res gehörten, z. B. die Füllen der Pferde (vgl. §. 60. Nr. 4. und die dazu gehörige Note c)), nur bonitariſches, ſonſt aber Quiritariſches Eigenthum erworben. Vgl. §. 151. Note g) u. h), desgl. von Savigny a. a. O. S. 272., u. Zimmern im Rhein. Muſ. J. 3. S. 351. fgg.

§. 162.

7) Traditio.

Traditio (Uebergabe) bezeichnet zwar im Allgemeinen jede Uebertragung des Besitzes einer Sache auf einen Andern [a]), im engern Sinne aber und als Erwerbungsart des Eigenthums betrachtet, nur eine solche Besitzübertragung, welche aus einem rechtmäßigen Grunde, und in der Absicht, den Empfänger der Sache zum Eigenthümer derselben zu machen, geschieht [b]). Zur traditio in diesem Sinne ist also erforderlich: 1) Daß der Tradent wirklich Eigenthümer der Sache sey, und freye Dispositionsbefugniß darüber habe; denn sonst kann durch die Uebergabe der Empfänger höchstens nur den Usucapionsbesitz der Sache, unter Voraussetzung der dazu erforderlichen bona fides, erwerben [c]), nicht aber auch das Eigenthum selbst [d]), es müßte denn die Uebergabe von Seiten eines solchen Nichteigenthümers, der aus einem besondern Grunde zur Veräußerung der fremden Sache berechtigt ist, z. B. als Pfandgläubiger [e]), oder von Seiten des fiscus oder des Regenten oder der Regentin geschehen [f]), oder der Tradent in der Folge das Eigenthum an der vorher übergebenen fremden Sache erwerben, als in welchem letztern Falle wenigstens von diesem Zeitpunct an die Anfangs ungültige Uebergabe Wirksamkeit erlangt [g]). 2) Daß die traditio in Gemäßheit einer *justa causa*, d. h. eines zur Eigenthumsübertragung geeigneten Grundes, erfolge [h]). Eine solche causa ist aber nur dann vorhanden, wenn das der traditio zum Grunde liegende Geschäft nicht zu den gesetzlich verbotenen gehört [i]), und sowohl die Absicht des Tradenten auf Uebertragung des Eigenthums, als auch die des Empfängers auf Erwerbung desselben gerichtet ist [k]). — Was nun die Art und Weise der traditio anlangt, so beruht sie auf den im §. 140. vorgetragenen Grundsätzen eines solchen Besitzerwerbs, welcher mit dem Willen des bisherigen Besitzers erfolgt. Es kann aber bisweilen das Eigenthum auch durch einen bloßen Vertrag der Interessenten, ohne daß die Uebergabe der Sache hinzukommt, veräußert und erworben werden, und zwar theils alsdann, wenn demjenigen, der sich schon im Besitz einer bisher ihm fremden Sache befindet, z. B. als Miethsmann, das Eigenthum an

derſelben vom bisherigen Eigenthümer überlaſſen wird [l]) (ſog. traditio brevi manu [m]),) theils auch umgekehrt im Fall des ſog. constitutum possessorium. (Vgl. Zuſatz 2. zum §. 141.) Auch an eine Anfangs noch ungewiſſe Perſon kann die traditio geſchehen, z. B. wenn Jemand Geld unter die Leute wirft (missilia jactat in vulgus) [n]). — Uebrigens iſt es bey der traditio in den Wirkungen ganz gleichgültig, ob der Eigenthümer ſelbſt, oder in ſeinem Namen und Auftrag ein Anderer die Sache dem Empfänger übergiebt [o]), desgleichen ob die Sache demjenigen ſelbſt, der das Eigenthum erwerben ſoll, oder einem Stellvertreter deſſelben übergeben wird [p]). In jedem Falle aber kann durch die traditio das Eigenthum nur ſo auf den Erwerber übergehen, wie es bey dem Veräußerer war, alſo z. B. auch mit allen auf der Sache ruhenden Laſten [q]).

a) Z. B. l. 1. pr. D. de pignorat. act. (XIII. 7.)

b) §. 40. I. h. t. „Per *traditionem* quoque jure naturali res nobis acquiruntur. Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. Et ideo, cujuscunque generis sit corporalis res, tradi potest, et a domino tradita alienatur. . . ," l. 9. §. 3. D. h. t. u. l. 20. C. de pact. (II. 3.) „Traditionibus . . . . dominia rerum, non nudis pactis transferuntur."

c) pr. I. de usucap. (II. 6.) l. 2. §. 15. D. pro emt. (XLI. 4.)

d) l. 20. pr. D. h. t. l. 54. D. de regul. jur. (L. 17.) — §. 2. I. quib. alien. lic. (II. 8.)

e) §. 1. I. eod. l. 46. D. h. t.

f) Zwar ſollte nach einem edictum Divi Marci der, welcher vom Fiscus eine fremde Sache gekauft hätte, erſt nach fünf Jahren, von Zeit des Kaufs an gerechnet, den vindicirenden Eigenthümer durch eine exceptio zurückweiſen können. Zeno aber verordnete, daß, Wer vom Fiscus Etwas bekäme, ſogleich das Eigenthum daran erwerben, und gegen alle Evictionsanſprüche des bisherigen Eigenthümers oder der hypothekariſchen Gläubiger geſichert ſeyn ſollte; wogegen es den bisherigen Berechtigten unbenommen bleiben möchte, binnen vier Jahren ihren Entſchädigungsanſpruch gegen den Fiscus wegen einer ſolchen Veräußerung geltend zu machen; und dieſe Verordnung erſtreckte Juſtinian auch auf die von dem Regenten oder der Regentin hinſichtlich ihres Privatvermögens geſchehenen Veräußerungen. §. 14. I. de usucap. (II. 6.) l. 2. u. 3. C. de quadrienn. praescript. (VII. 37.)

g) l. 42. D. de usurpat. (XLI. 3.)

h) l. 31. pr. D. h. t. „Nunquam *nuda traditio* transfert dominium, sed ita, *si venditio aut aliqua justa causa praecesserit*, propter quam traditio sequeretur.“

i) l. 3. §. 10. D. de donat. int. vir. et ux. (XXIV. 1.) l. 42. D. de usurpat. (XLI. 3.)

k) l. 55. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.)

l) §. 44. I. h. t. „Interdum etiam, sine traditione, *nuda voluntas* sufficit domini ad rem transferendam, veluti si rem, quam tibi aliquis commodavit aut locavit aut apud te deposuit, vendiderit tibi aut donaverit. . . .“ l. 9. §. 5. u. l. 21. §. 1. D. h. t. l. 9. §. 1. D. de Public. in rem act. (VI. 2.)

m) In der l. 43. §. 1. D. de jure dot. (XXIII. 3.) kommt die Redensart: *brevi manu* accipere et dare, in Bezug auf einen ſolchen Fall vor, wo Etwas, das man nach dem Empfange wiederum einem Andern ausantworten würde, ſogleich dieſem Andern vom Geber übertragen wird, ohne daß man es erſt in die Hände bekommt, und wiederum ausantwortet. Auch dieſen Fall rechnen die Neuern eben ſowohl, als den oben im §. angegebenen, zur traditio brevi manu, deren Weſen alſo überhaupt darin beſteht, daß in den zu ihr gehörigen Fällen eine mehrfache Uebergabe, die nach dem regelmäßigen Geſchäftsgang eigentlich erforderlich wäre, erſpart wird. l. 3. §. 12. D. de donat. int. vir. et ux. (XXIV. 1.) „. . . . . nam celeritate conjungendarum inter se actionum unam actionem occultari. . . .“ — Auch der Ausdruck *manu longa* tradere, kommt in der l. 79. D. de solut. (XLVI. 3.) vor, und zwar für einen ſolchen Fall, wo der Trabent die zu übergebende Sache auf des Empfängers Geheiß unmittelbar vor ihm hinlegt. Die Neuern pflegen jedoch den Ausdruck traditio manu longa auf einen ſolchen Fall zu beziehen, wo die Uebergabe eines Grundſtücks dadurch geſchieht, daß es der Trabent dem Erwerber von einem in der Nähe befindlichen Orte aus zeigt, mit der Erklärung, ihm den Beſitz daran überlaſſen zu wollen. Vgl. §. 140. Note e).

n) Denn hier weiß er Anfangs nicht, Wer davon Etwas, und wie viel ein Jeder bekommen werde. Da er aber doch will, daß Jeder das, was in ſeine Hände kommt, behalten ſolle, ſo überträgt er ſogleich das Eigenthum, wie durch traditio. §. 46. I. h. t. u. l. 9. §. 7. D. h. t. — Doch wird ein ſolcher Fall in der l. 5. §. 1. D. pro derelict. (XLI. 7.) aus dem Geſichtspuncte einer Dereliction und Occupation betrachtet.

o) §. 42. u. 43. I. h. t. l. 9. §. 4. D. t.

p) l. 13. pr. u. l. 20. §. 2. D. h. t.

q) l. 20. §. 1. D. h. t.

Zuſatz 1. Im Vorjuſtinianiſchen Rechte, ſolange der Unterſchied zwiſchen Quiritariſchem und bonitariſchem Eigenthum beſtand, war die Wirkung der traditio verſchieden, je nachdem ſie ſich auf mancipi oder nec

mancipi res bezog. Vgl. §. 151. Note f) u. h), u. §. 152. Note b) u. k).

Zusatz 2. Bey der traditio in Folge eines Kaufcontracts kommt das Besondere vor, daß durch sie allein der Käufer noch nicht das Eigenthum der Sache erwirbt, sondern erst dann, wenn er das Kaufgeld bezahlt, oder auf andere Art den Verkäufer befriediget hat, es wäre denn, daß der Letztere ihm Credit wegen des Kaufpreises gegeben hätte (fidem emtoris sequi, oder fidem habere emtori). §. 41. I. h. t. l. 19. u. 53. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) u. l. 5. §. 18. D. de tribut. act. (XIV. 4.) Diese Bestimmung wird im §. 41. I. cit. u. bey Theophil. dazu aus den zwölf Tafeln abgeleitet, und ist wahrscheinlich aus der Rücksicht auf die mancipatio zu erklären, indem bey dieser der Kaufpreis (ursprünglich wohl der ernstlich gemeinte, späterhin aber nur ein scheinbarer) auf die Waage zu bringen und dann sofort dem Verkäufer zu entrichten war. Vgl. §. 153. Note r), u. Puchta's Lehrb. für Institut. Vorl. S. XXXV.

Zusatz 3. Der Begriff der *traditio*, der eigentlich nur auf körperliche Sachen paßt, Gaj. II. §. 28. u. l. 43. §. 1. D. h. t., wird analogisch auch von der Einräumung oder Ueberlassung eines andern dinglichen Rechts, als des Eigenthums, namentlich einer Servitut, gebraucht, l. 11. §. 1. D. de Public. in rem act. (VI. 2.) l. 20. D. de servitut. (VIII. 1.) l. 1. §. 2. D. de servitut. praed. rust. (VIII. 3.), u. heißt in dieser Beziehung bey den Neuern gewöhnlich quasi traditio.

§. 163.

BB) Civilrechtliche Erwerbungsarten des Eigenthums: 1) Ersitzung[a]). — Begriff, Natur und historische Entwickelung derselben.

Paulus V. 2. de usucapione.

Tit. Th. C. de longi temporis praescriptione. (IV. 13.)

Tit. I. de usucapionibus et longi temporis possessionibus. (II. 6.)

Tit. D. de usurpationibus et usucapionibus. (XLI. 3.)

J. C. communia de usucapionibus (VII. 30.) de praescriptione longi temporis X. vel XX. annorum. (VII. 33.) und de praescriptione XXX. vel. XL. annorum. (VII. 39.)

Die Ersitzung des Eigenthums ist eine Art der erwerbenden Verjährung, und kommt im Röm. Rechte in einer dreyfachen Form vor, nämlich theils als usucapio, theils als longi temporis praescriptio oder long. temp. possessio, theils als praescriptio triginta und quadraginta annorum (§. 98.) —

Usucapio hieß schon im ältern Rechte: die Erwerbung des Eigenthums durch fortgesetzten Besitz während der gesetzlich bestimmten Zeit [b]). Sie wurde nach einer Verordnung der zwölf Tafeln an einem fundus, d. h. einem Ackergrundstücke, in zwey Jahren, an allen übrigen Sachen dagegen, auf welche sie sich beziehen konnte, (was bey nec mancipi res eben sowohl, als bey mancipi res der Fall war,) schon in einem Jahre vollendet [c]). Gebäude waren also hierbey in den zwölf Tafeln nicht mit ausdrücklich genannt; doch nahm man bald auch bey ihnen, da sie doch eben so gut, wie die Landgrundstücke, zu den unbeweglichen Sachen gehören, jene zweyjährige Fristbestimmung an [d]). Das Wort *usucapio* selbst kam in den zwölf Tafeln noch nicht vor, sondern statt dessen der Ausdruck: *usus et auctoritas*, oder *usus auctoritas* [e]). Jede usucapio, als Erwerbungsart des Eigenthums, setzt voraus, daß man zwar den Besitz einer Sache erlangt [f]), aber dadurch noch nicht das Eigenthum, oder wenigstens nicht das Quiritarische, an derselben erworben hat, und ihre Natur und Wirkung besteht darin, daß durch die ununterbrochene Fortsetzung des Besitzes das bisher mangelnde Eigenthum gewonnen wird [g]). Sie kommt daher sowohl nach dem ältern als neuern Röm. Recht alsdann zur Anwendung, wenn man eine Sache entweder von einem Nichteigenthümer, oder auch von einem dispositionsunfähigen Eigenthümer, jedoch in beyden Fällen bona fide, übertragen bekommen hat [h]). Außerdem aber fand sie im Vorjustinianischen Rechte auch dann Statt, wenn man eine Sache zwar von ihrem wahren und dispositionsfähigen Eigenthümer, jedoch auf eine Art, die nur das bonitarische Eigenthum gewährte, z. B. eine mancipi res durch bloße traditio, erhalten [i]), oder auch aus einem andern Grunde zunächst nur bonitarisches Eigenthum erworben hatte (§. 152. Note g) u. i—s)), und diente in dergleichen Fällen dazu, dieses Eigenthum durch fortgesetzten Besitz in Quiritarisches zu verwandeln [k]), wie sie denn auch in jedem andern Falle, wo sie als Erwerbungsart des Eigenthums vorkam, das Quiritarische Eigenthum gewährte [l]). Peregrinen waren, da sie überhaupt ohne besondere Verleihung kein commercium hatten (§. 150. Note b)), der Usucapion am Eigenthum eines Römers unfähig [m]). Aber auch manche Sachen waren durch die zwölf Tafeln ausdrücklich der Usucapion

entzogen, namentlich der Vorhof zu einer Grabstätte (forum), der Verbrennungs- und Beerdigungsort eines Todten (bustum) [n]), Grenzraine von 5. Fuß Breite [o]), gestohlne Sachen [p]), ferner res mancipi einer unter der Tutel der Agnaten befindlichen Frauensperson, außer wenn sie von ihr selbst unter der Auctorität des Tutor übergeben worden waren [q]). Daß überdieß auch an Provincialgrundstücken nach dem ältern Recht keine usucapio Statt fand, sofern nicht das jus Italicum bey ihnen vorkam, war eine nothwendige Folge davon, daß dergleichen Grundstücke nicht im streng Römischen Eigenthume von Privatpersonen seyn konnten (§. 150. Note k)). — Neben dieser civilrechtlichen usucapio aber bildete sich allmählig, wie bereits im §. 98. bemerkt worden, wahrscheinlich unter dem Einflusse des prätorischen Rechts, und späterhin durch kaiserliche Constitutionen, als eine andere, hierher gehörige Art der Verjährung, die *longi temporis praescriptio* oder *long. temp. possessio* aus [r]). Es pflegten nämlich diejenigen, welche sich lange Zeit im rechtmäßig erworbenen Besitz einer Sache befunden hatten, auch fernerhin dabey gegen etwanige Ansprüche, die in Bezug auf diese Sache vom bisherigen Eigenthümer oder auch von Pfandgläubigern erhoben wurden, geschützt zu werden [s]), und zu diesem Behufe stand ihnen eine Einrede gegen die wider sie angestellte Klage zu [t]); (worauf auch der Name long. temp. *praescriptio* hindeutet, §. 98. Note g)). In der Folge aber wurde mit einem solchen Besitzstand, welcher früherhin nur eine Einrede gewährt hatte, auch eine auf Verfolgung der Sache gerichtete Klage verbunden [u]), und dadurch erhielt die longi temporis possessio die Natur einer erwerbenden Verjährung des Eigenthums, freylich nicht des Quiritarischen, sondern nur des bonitarischen [v]). Sonach diente sie zur Ergänzung und Erweiterung der usucapio, und bezog sich daher hauptsächlich auf solche Gegenstände, bey denen die Letztere nicht statthaft war [x]), z. B. auf Sachen der Städte [y]), desgleichen auf Provincialgrundstücke [z]); doch konnte sie, wenigstens zum Zweck der Ausschließung pfandrechtlicher Ansprüche, auch bey Italischen Grundstücken vorkommen [aa]), und auch auf bewegliche Sachen wurde sie angewendet, was jedoch erst durch Rescripte von Antoninus Caracalla entschieden wurde [bb]). Dagegen blieben von ihr natürlich nicht nur die dem Verkehr

überhaupt entzogenen Sachen, sondern auch solche, welche wegen eines dabey vorgekommenen Verbrechens der usucapio unfähig waren, z. B. gestohlne Sachen, ausgeschlossen [cc]). Ueberhaupt war zur Wirksamkeit der longi temporis praescriptio erforderlich, theils daß der Besitz auf einem rechtmäßigen Grunde (justum initium) und auf der bona fides des Besitzers beruhte [dd]), theils daß er lange Zeit hindurch ununterbrochen fortgedauert hatte [ee]). Das longum tempus nun, wornach diese Art der Verjährung benannt ist, umfaßte, wie es wenigstens durch kaiserliche Constitutionen fest bestimmt worden war [ff]), in der Regel, und zwar ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, einen Zeitraum von 10. Jahren inter praesentes, d. h. in solchen Fällen, wo die Interessenten, zwischen welchen die longi temporis praescriptio wirksam werden sollte, zusammen waren, und von 20. Jahren inter absentes, d. h. wenn jene Interessenten auseinander waren [gg]); doch war in Bezug auf Sachen der Städte allemal ein Zeitraum von 20. Jahren erforderlich [hh]). — Endlich kam zur usucapio und longi temporis praescriptio für Fälle, wo diese beyden Arten der Eigenthumsverjährung nicht statthaft oder nicht ausreichend wären, unter den christlichen Kaisern noch eine dritte, hierher gehörige Art der Verjährung, nämlich die praescriptio triginta oder quadraginta annorum, welche jedoch vor Justinian dem Eigenthumsbesitzer nur eine Einrede gegen dingliche Ansprüche gewährte [ii]), nach Justinian's Verordnung aber, unter Voraussetzung der bona fides des Besitzers, auch ein Klagerecht für ihn begründen, und also die Kraft einer erwerbenden Eigenthumsverjährung haben soll [kk]). — Wichtiger noch und folgereicher, als diese Veränderung, ist die von Justinian in mehrfacher Hinsicht bewirkte Umgestaltung der usucapio. Nämlich einerseits erklärte er sie auch bey Provincialgrundstücken für statthaft, und andererseits verlängerte er für alle Fälle den zu ihrer Vollendung erforderlichen Zeitraum, indem er ihn bey Grundstücken, nach dem Muster der longi temporis praescriptio, auf 10. Jahre inter praesentes und 20. Jahre inter absentes, bey beweglichen Sachen aber auf 3. Jahre, ohne Unterschied zwischen der Anwesenheit oder Abwesenheit der Interessenten, bestimmte [ll]). Durch diese Verordnung Justinian's, in Verbindung mit zwey andern, ihr vorangegangenen

Verordnungen deſſelben Kaiſers, wovon die eine den Unterſchied des Quiritariſchen und bonitariſchen Eigenthums aufgehoben (§. 146. Note x)), und die andere an die longi temporis possessio ausdrücklich die Wirkung der Vindication geknüpft hatte[mm]), ſind die usucapio und longi temporis praescriptio in der Hauptſache, insbeſondere ſoviel die Erſitzung unbeweglicher Sachen betrifft, einander gleichgeſtellt worden[nn]). Doch iſt in manchen Beziehungen der Unterſchied zwiſchen beyden Inſtituten auch im Juſtinianiſchen Rechte noch wirkſam geblieben, namentlich darin, daß bey ſolchen beweglichen Sachen, welche vorher nicht der usucapio, ſondern nur der longi temporis praescriptio unterworfen waren, auch im neueſten Rechte nicht 3. Jahre zur Erſitzung hinreichen, ſondern 10. oder 20. Jahre erforderlich ſind, z. B. bey Sachen der Städte[oo]), ferner darin, daß zur Ausſchließung eines an einer Sache (auch einer beweglichen) haftenden Pfandrechts nicht die usucapio, ſondern nur die longi temporis praescriptio ſich eignet[pp]). — Uebrigens pflegt man diejenige Erſitzung, welche im Juſtinianiſchen Rechte nach Verſchiedenheit der Fälle in 3., 10. oder 20. Jahren vollendet wird, die ordentliche, die 30- oder 40jährige aber die außerordentliche Erſitzung zu nennen.

a) Das Hauptwerk hierüber iſt das bereits zum §. 98. Note a) angef. von Unterholzner. Ueber die frühere, hierher gehörige Literatur ſ. d. a. W. §. 5. — Neuere Schriften ſind: C. F. Reinhardt Die Usucapio und Praescriptio des Röm. Rechts. Stuttg. 1832. und W. Hameaux Die Usucapio und longi temporis Praescriptio. Giess. 1835.

b) Ulp. XIX. §. 8. „. . . . . *Usucapio* est . . . . . dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii, rerum mobilium anni, immobilium biennii.“ l. 3. D. h. t. „*Usucapio* est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.“ Aehnlich iſt auch die bey Isid. Or. V. 25. vorkommende Definition.

c) Cic. Top. c. 4. u. pro Caecin. c. 19. Gaj. II. §. 42. u. 54. u. Theophil. II. 6. pr. Daß die usucapio ſich gleichmäßig auf mancipi und nec mancipi res bezogen habe, wird von Gaj. II. §. 43. u. Ulp. XIX. §. 8. ausdrücklich bemerkt.

d) Cic. Top. c. 4. „. . . . Quod in re pari valet, valeat in hac, quae par est: ut, quoniam *usus auctoritas fundi biennium est*, sit etiam aedium. At *in lege aedes non appellantur*, et sunt ceterarum rerum omnium, quarum annuus est usus. . . .“ Cic.

pro Caecin. c. 19. „*Lex usum et auctoritatem fundi jubet esse biennium. At utimur eodem jure in aedibus, quae in lege non appellantur. . . .*“ Hiernach ist es also nicht ganz genau, wenn Gaj. II. §. 42. (und auf ähnliche Weise auch Theophil. II. 6. pr.) die Bestimmung der zweyjährigen Usucapionszeit sowohl für die *aedes*, als für den fundus unmittelbar aus den zwölf Tafeln ableitet.

e) S. die in der vorigen Note angef. Stellen aus Cic. — *Usus* bedeutet hierbey wohl den Besitz, (wie denn auch *possessio* bey den Alten bisweilen durch *usus* erklärt wird, §. 133. Note b),) und von dem sehr verschiedenartig gedeuteten Worte *auctoritas* scheint die Grundbedeutung die eines rechtlichen Schutzes zu seyn. Demnach wäre *usus* (et) *auctoritas:* Besitz und rechtlicher Schutz; was, als Ursache und Wirkung neben einander gestellt, den durch den Besitz (d. h. durch Fortsetzung desselben) zu begründenden rechtlichen Schutz gegen Ansprüche Anderer bezeichnen, mithin eine Umschreibung des späterhin üblich gewordenen Ausdrucks *usucapio* seyn würde. Vgl. Unterholzner i. a. W. §. 7. — Uebrigens kommt der letztere Ausdruck schon bey Cic. vor, z. B. pro Caecin. c. 26. u. de legib. I. 21.

f) l. 25. D. h. t. „Sine possessione usucapio contingere non potest.“ Daß hier nur der juristische Besitz gemeint sey, ergiebt sich aus dem, was in der Lehre vom Besitze §. 133. Note f) g) u. i) u. §. 134. Note a) u. d) vorgekommen ist.

g) Gaj. II. §. 41. Ulp. XIX. §. 8. Ueber den Zweck der usucapio vgl. §. 98. Note p).

h) Gaj. II. §. 43. pr. I. h. t. l. 2. §. 15. u. 16. D. pro emt. (XLI. 4.)

i) Gaj. II. §. 41. u. Ulp. I. §. 16.

k) S. die Stellen in Note i) u. Gaj. III. §. 80.

l) Denn sowohl bey Ulpian, als bey Varro wird die usucapio unter den Erwerbungsarten des streng Römischen Eigenthums aufgezählt. Vgl. §. 152. Note a) u. d).

m) Darauf gehen die bey Cic. de offic. I. 12. angef. Worte der zwölf Tafeln: „*Adversus hostem aeterna auctoritas,*“ welche, wenn man mit Unterholzner als die Grundbedeutung von *auctoritas* die eines rechtlichen Schutzes annimmt, folgenden Sinn haben: Gegen einen Fremden (§. 28. Note c)) soll ein unverjährbarer Schutz (des Eigenthums) Statt finden. Vgl. Unterholzner i. a. W. B. 1. S. 107. Andere erklären diese Worte anders. Vgl. §. 28. Note e). — Daß übrigens auch zur Zeit der classischen Juristen Peregrinen in der Regel von der usucapio ausgeschlossen waren, folgt nicht allein aus der Analogie der mancipatio, Ulp. XIX. §. 4., sondern ergiebt sich insbesondere auch aus Gaj. II. §. 65. „. . . . *usucapionis jus proprium est civium Romanorum.*“ Zweifelnd äußert sich hierüber Unterholzner i. a. W. B. 1. S. 105. fgg.

n) Cic. de legib. II. 24. „. . . . Quod autem *forum* (id est, vestibulum sepulcri,) *bustumve usucapi vetat*, tuetur jus sepulcro-

rum. Haec habemus in *Duodecim;* . . . .“ Festus v. *Forum*: „*Forum* sex modis intelligitur: . . . . . Quarto, cum id *forum* antiqui appellabant, quod nunc vestibulum sepulcri dici solet . . . .“ Id. v. *Bustum*: „*Bustum* proprie dicitur locus, in quo mortuus est combustus et sepultus, diciturque bustum quasi bene ustum. . . . .“

o) Cic. de legib. I. 21. „. . . . Usucapionem XII. tabulae intra quinque pedes esse noluerunt, ...“ Vgl. hierzu die Ausg. von Moser und Creuzer Excurs. I. p. 489. sqq., Dirkſen über die Zwölf-Tafel-Fragmente S. 477. fgg. und Unterholzner i. a. W. §. 53.

Gaj. II. §. 45 u. §. 2. I. h. t.

Gaj. II. §. 47. Vgl. Dirkſen i. a. W. S. 317—319. und Unterholzner i. a. W. B. 1. S. 111. Note 116. Ueber andere, von der usucapio ausgeſchloſſene Gegenſtände, bey denen jedoch dieſe Eigenſchaft nicht gerade aus Beſtimmungen der zwölf Tafeln abgeleitet wird, vgl. §. 166.

r) Die Entſtehungszeit der longi temporis praescriptio (die übrigens auch unter verſchiedenen andern Benennungen vorkommt, vgl. §. 98. Note i),) läßt ſich nicht genau angeben. Ueber dießfallſige Vermuthungen ſ. Unterholzner i. a. W. B. 1. S. 43. fgg. und Hameaux a. a. O. S. 21. fgg. Gewiß iſt indeſſen, daß ſie ſchon den frühern Digeſtenſchriftſtellern bekannt war. So wird ſie z. B. von Javolenus erwähnt in der l. 21. D. h. t., desgleichen von Gajus in der l. 54. pr. D. de evict. (XXI. 2.), obgleich in deſſen Inſtitutionen ſich keine Spur von ihr findet.

s) Vgl. Unterholzner i. a. W. §. 10. 174. u. 175.

t) l. 8. pr. C. h. t. (VII. 39.) Doch konnte die longi temporis praescriptio wahrſcheinlich auch als replicatio geltend gemacht werden, wenn nämlich der bonae fidei possessor nach verlorenem Beſitze die Publiciana in rem actio anſtellte, und dieſer Klage die exceptio dominii entgegengeſetzt wurde, arg. l. 28. D. de noxal. act. (IX. 4.) Vgl. Unterholzner i. a. W. B. 2. S. 75.

u) Dieß ſagt Juſtinian ausdrücklich in der l. 8. pr. C. h. t. (VII. 39.) „. . . . . hoc enim et veteres leges (si quis eas recte inspexerit,) sanciebant;“ wie es denn auch ſchon nach der Analogie der mit der longa quasi possessio einer Servitut verbundenen utilis actio (l. 10. pr. D. si serv. vind. [VIII. 5.],) mit Wahrſcheinlichkeit anzunehmen iſt. Ob übrigens zum Beweis dafür auch die l. 13. §. 1. D. de jurejur. (XII. 2.) benutzt werden könne, ſteht dahin. Verſchiedene Anſichten hierüber ſ. bey Unterholzner i. a. W. B. 2. S. 76. fgg. u. bey Hameaux a. a. O. S. 25. Note 55.

v) Daß nämlich hierbey nicht vom Quiritariſchen Eigenthum die Rede ſeyn könne, folgt theils aus der Annahme des prätoriſchen Urſprungs der longi temporis praescriptio, verbunden mit dem Grundſatz, daß der Prätor

civilrechtliches Eigenthum nicht gewähren konnte (§. 152. Nr. 4.), theils daraus, daß sie sich vorzugsweise auf solche Sachen bezog, welche des Quiritarischen Eigenthums unfähig waren. Vgl. Note y) u. z). Demnach kann auch die mit ihr verbundene Klage im Vorjustinianischen Rechte nur eine prätorische gewesen seyn, und zwar die nämliche, welche überhaupt aus dem bonitarischen Eigenthum entsprang. Ueber die von Justinian hierin getroffene Aenderung s. Note mm).

x) Denn daß in Fällen, wo die usucapio Statt fand, die longi temporis praescriptio, sofern es sich nicht etwa um Ausschließung pfandrechtlicher Ansprüche handelte, überflüssig war, wird in der l. 2. C. in quib. caus. cess. long. temp. praesc. (VII. 34.) ausdrücklich bemerkt: „In servorum proprietatis negotio *cum usucapio locum habeat, ad quaestionem longi temporis praescriptionis superfluo pervenitur.*“ Vgl. Unterholzner i. a. W. §. 175. Eine andere Erklärung dieser Stelle versucht Hameaux a. a. O. S. 40. fgg.

y) l. 9. D. h. t. — Paul. V. 2. §. 4. u. l. 15. §. 27. D. de damno inf. (XXXIX. 2.)

z) Gaj. II. §. 46. — l. 3. C. de his, quae vi metusve caus. (II. 20.) (*verb:* „adito Praeside *provinciae,*“) l. 2. C. ubi in rem act. exerc. deb. (III. 19.) (aus deren Ueberschrift: ad universos *provinciales* sich ergiebt, daß die darin erwähnte longi temporis praescriptio auf Provincialgrundstücke bezogen wird) l. 5. C. de reb. alien. non alienand. (IV. 51.) (verb.: „rector *provinciae*“). Vgl. Hameaux a. a. O. S. 79. Note 168. — Gerade wegen der Provincialgrundstücke ist nach der gewöhnlichen, auch von Unterholzner i. a. W. B. 1. S. 43. angenommenen Meinung die longi temporis praescriptio eingeführt worden. Doch glauben von Schröter in der Zeitsch. für Civilr. und Proz. B. 2. S. 240. Note 1. und Hameaux a. a. O. S. 17. fgg. den Entstehungsgrund und ursprünglichen Zweck derselben in dem Schutze des Besitzes am ager publicus zu finden. S. dagegen von Madai in der Hall. Lit. Zeit. 1836. Nr. 126. S. 387. fgg.

aa) Spuren davon finden sich in den Ueberschriften der l. 1. Th. C. h. t. u. der l. 3. J. C. quib. non objic. l. t. praescr. (VII. 35.) Vgl. Unterholzner i. a. W. B. 1. S. 45. Note 43).

bb) l. 9. D. de divers. temporal. praescript. (XLIV. 3.) „Rescriptis quibusdam Divi Magni Antonini cavetur, ut in rebus *mobilibus* locus sit praescriptioni diutinae possessionis.“ Freylich haben statt der Worte: „in rebus mobilibus“ viele Handschriften: „in rebus soli“; doch wird jene Lesart der Florentinischen Handschrift auch durch die Auctorität der Basiliken unterstützt. Bestritten wird sie, nach dem Vorgang mancher Andern, auch von Hameaux a. a. O. S. 64. fgg. in Folge der Ansicht, daß die longi temporis praescriptio stets nur auf unbewegliche Sachen angewendet worden sey. Gegen diese Meinung, die auch die l. 3. D. eod. wider sich hat, s. von Madai a. a. O. S. 388. fgg.

cc) l. 45. pr. D. h. t. l. 1. C. de serv. fugitiv. (VI. 1.)

dd) Paul. V. 2. §. 4. l. 2. 9. 11. u. 12. C. h. t. (VII. 33.) l. un. C. de usucap. transform. (VII. 31.) (verb.: „ab initio eam *bona fide* capiat, secundum quod exigit *longi temporis praescriptio*.“)

ee) Paul. V. 2. §. 3. u. 4. l. 2. C. h. t. (VII. 33.)

ff) Darauf gehen die in der l. 76. §. 1. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) hinsichtlich der longae possessionis praescriptio erwähnten „tempora Constitutionibus statuta.“ Vorher war vielleicht in den verschiedenen Provincialedicten der hierzu erforderliche Zeitraum verschieden bestimmt gewesen. Vgl. Unterholzner i. a. W. B. 1. S. 44.

gg) Paul. V. 2. §. 3. u. V. 5. A. §. 8. u. pr. I. h. t. l. 9. u. 11. C. h. t. (VII. 33.)

hh) Paul. V. 2. §. 4. Dieß hängt wohl damit zusammen, daß Städte auch in anderer Hinsicht, wo es ihnen vortheilhaft ist, wie Abwesende behandelt werden, namentlich bey der in integrum restitutio. l. 22. §. 2. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.) (Vgl. §. 131.)

ii) l. 3. 4. u. 6. C. h. t. (VII. 39.) Vgl. Unterholzner i. a. W. §. 176.

kk) l. 8. §. 1. C. eod. Vgl. Unterholzner i. a. W. §. 177.

ll) Alle diese Bestimmungen sind enthalten in der l. un. C. de usucap. transform. (VII. 31.), deren wesentlicher Inhalt auch im pr. I. h. t. und bey Theophil. dazu kurz angegeben wird. Ueber diese Constitution und ihr Ergebniß vgl. auch Unterholzner i. a. W. §. 178.

mm) l. 8. pr. C. h. t. (VII. 39.)

nn) Doch herrschen über das Verhältniß der usucapio zur longi temporis praescriptio nach dem Justinianischen Rechte sehr verschiedene Ansichten. S. hierüber Hameaux a. a. O. §. 2., dessen eigene Ansicht sich an die der Glosse zum pr. I. h. t. anschließt, und dahin geht, daß nach dem neuesten Röm. Recht die usucapio blos bey Mobilien, die longi temporis praescriptio dagegen blos bey Immobilien Anwendung leide. Gründe gegen diese Meinung s. bey Unterholzner i. a. W. B. 2. S. 90. fgg. Vgl. auch von Madai a. a. O. S. 382. fgg. — Uebrigens ist bemerkenswerth, daß man bey Abfassung der Digesten da, wo von der Ersitzung unbeweglicher Sachen die Rede ist, wenn auch nicht überall, z. B. l. 23. §. 7. D. de rei vind. (VI. 1.), doch meistentheils die Ausdrücke *usucapio* und *usucapere* vermieden, und mit *longa possessione capio* oder *longo tempore capere* u. dgl. vertauscht hat, z. B. l. 4. in f. D. pro emt. (XLI. 4.) l. 48. pr. u. §. 1. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.); was wahrscheinlich aus dem Bestreben der Compilatoren hervorgegangen ist, durch den Ausdruck selbst an die von Justinian nach dem Muster der longi temporis praescriptio eingeführte Verlängerung der Usucapionszeit bey Immobilien zu erinnern. Vgl. Unterholzner i. a. W. B. 2. S. 77. u. 89.

oo) S. die in der Note y) angef. Stellen.

pp) l. 44. §. 5. D. h. t. l. 5. §. 1. D. de divers. temporal. praescript. (XLIV. 3.) l. 1. u. 2. C. si advers. creditor. (VII. 36.) — Noch mehrere andere Unterſchiede zwiſchen beyden Inſtituten nimmt Hameaux a. a. O. §. 17—23. an. S. dagegen von Madai a. a. O. S. 389. fgg. — Uebrigens wird die Anſicht, daß nicht aller Unterſchied zwiſchen ihnen im Juſtinianiſchen Rechte weggefallen ſey, auch dadurch beſtätigt, daß ſowohl in der Ueberſchrift des hierher gehörigen Inſtitutionentitels u. §. 5. in f. I. per quas person. nob. acquir. (II. 9.), als auch von Theophil. II. 9. §. 6. bey Aufzählung der civilrechtlichen Erwerbungsarten des Eigenthums, die usucapio und die longi temporis possessio oder praescriptio als zwey verſchiedene Rechtsbegriffe aufgeführt werden.

Zuſatz 1. Obgleich die usucapio nach ihrer urſprünglichen und eigentlichen Beſtimmung, als Erwerbungsart des Eigenthums, ſich nur auf körperliche Sachen beſchränkt, l. 9. D. h. t. l. 43. §. 1. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.), ſo finden ſich doch auch Anwendungen derſelben auf gewiſſe Arten unkörperlicher Sachen, namentlich auf die manus mariti, Gaj. I. §. 110. u. 111., auf die hereditas, als ein Begriffsganzes, Gaj. II. §. 54., auf Servituten, und auf die Freyheit von bisher beſtandenen Servituten (libertas servitutum). l. 4. §. 29. D. h. t. Von allen dieſen Beziehungen der usucapio auf unkörperliche Sachen iſt jedoch im neuern Röm. Recht nur die letztere noch gültig geblieben, während dagegen die drey erſtern ſchon zur Zeit der claſſiſchen Juriſten theils durch Geſetze, theils durch Gewohnheitsrecht aufgehoben waren. Vgl. die angef. Stellen und l. 14. pr. D. de servitut. (VIII. 1.) — Aber auch die longi temporis praescriptio kommt nicht blos bey'm Eigenthum, ſondern auch bey manchen andern Rechten als Erwerbungsart derſelben vor, z. B. bey der Freyheit eines Menſchen, l. 2. C. de long. temp. praescript., quae pro libert. oppon. (VII. 22.), und wahrſcheinlich iſt auch die erwerbende Verjährung einer Servitut durch diuturnus usus und longa quasi possessio (l. 10. pr. D. si serv. vind. [VIII. 5.]) aus dem Inſtitut der longi temporis praescriptio hervorgegangen, und als eine erweiterte Anwendung derſelben zu betrachten, l. 12. in f. C. h. t. (VII. 33.), (wovon das Nähere in die Lehre von den Servituten gehört.) Endlich iſt auch die mit der praescriptio XXX. vel XL. annorum verbundene Eigenſchaft einer erwerbenden Verjährung nicht blos auf das Eigenthum beſchränkt. Vgl. Unterholzner i. a. W. §. 204.

Zuſatz 2. Ueber die erſt von Juſtinian eingeführte, aber von ihm auch wieder aufgehobene Verjährung von 100. Jahren ſ. §. 115. Note q—s) und den Zuſatz 1. dazu, und über die ſog. Immemorial-Verjährung ſ. den Zuſatz zum §. 98.

§. 164.

Allgemeine Erfordernisse jeder Ersitzung.

Zu einer jeden Ersitzung ist erforderlich: 1) Eine ersitzungsfähige Sache [a]). Es giebt nämlich manche Sachen, welche aller Ersitzung entweder schlechthin unfähig sind, oder nur relativ, d. h. für die Dauer einer gewissen Zeit und unter gewissen Voraussetzungen [b]). In die erstere Kategorie gehören theils solche Sachen, an denen überhaupt kein Privateigenthum möglich ist [c]), theils solche, auf welche der Begriff des Besitzes mit seinen Folgen keine Anwendung leidet, wie dieß namentlich bey einem Begriffsganzen der Fall ist, indem hier der Besitz nicht auf das Ganze, als solches, sondern nur auf die einzelnen, dazu gehörigen Stücke bezogen wird [d]). Zu den Sachen der zweiten Art aber gehören: *α*) die einzelnen Bestandtheile einer unbeweglichen Sache, solange sie mit dem Ganzen verbunden sind, indem hierbey der Besitz nur an dem Ganzen, nicht aber an den einzelnen Theilen für sich Statt findet [e]), während dagegen, sobald die Bestandtheile von dem Ganzen getrennt sind, und dadurch ein selbstständiges Daseyn erlangt haben, auch an ihnen die Möglichkeit des Besitzes und der Ersitzung wieder eintritt [f]). *β*) Sachen der Pupillen während der Unmündigkeit [g]). *γ*) Die in der Verwaltung des Vaters befindlichen Sachen der Hauskinder (sog. peculium adventitium) während der Dauer der väterlichen Gewalt [h]). *δ*) Dotalsachen, in Bezug auf welche der Frau das dereinstige Zurückforderungsrecht zukommt, solange dieses Recht von ihr noch nicht geltend gemacht werden kann [i]). — Wenn nun eine Sache, an der die Ersitzung bereits begonnen hat, in ein solches Verhältniß kommt, während dessen sie unfähig ist, ersessen zu werden, so wird die angefangene Ersitzung so lange, bis das ihr entgegenstehende Hinderniß wieder wegfällt, in ihrem Laufe gehemmt (sog. praescriptio dormiens oder quiescens) [k]). — 2) Juristischer Besitz der Sache (Eigenthumsbesitz) [l]), welcher folgende Eigenschaften haben muß: *α*) Er muß sich auf *bona fides* des Besitzers gründen [m]). Diese besteht überhaupt in der Ueberzeugung des Besitzers von der Rechtmäßigkeit seines Besitzes, und zwar vorzugsweise in der Meinung, daß der, von dem er die

Sache erhielt, der dispositionsfähige Eigenthümer derselben, oder sonst aus einem besondern Grunde zu ihrer Veräußerung berechtiget sey [n]). Auch darf der hierbey vorkommende Irrthum nur ein factischer, nicht aber ein Rechtsirrthum seyn [o]). Doch genügt es, wenn die bona fides nur beym Anfange des Besitzstandes vorhanden war, und es steht also eine späterhin eintretende mala fides der Vollendung der Ersitzung weiter nicht im Wege (*mala fides superveniens non nocet*) [p]). Wird der Besitz durch Stellvertreter erworben, so ist die Möglichkeit der Ersitzung in der Regel durch das Wissen und die bona fides dessen, für welchen der Besitz erworben wird, bedingt [q]).

β) Der Besitz muß die gesetzlich bestimmte Zeit hindurch ununterbrochen fortgedauert haben [r]). Der Umfang dieses Zeitraums ist nach Verschiedenheit der Fälle verschieden (§. 163. 165. u. 168.). Hinsichtlich der Berechnung seines Endpunctes findet bey der Usucapion, gleichviel ob sie sich auf bewegliche oder unbewegliche Sachen bezieht, die sog. Civil-Computation Statt (§. 99. Note m)), bey jeder andern Art der Ersitzung hingegen die natürliche Zeitberechnung [s]). Nun kann aber bey jedweder Ersitzung auch die *accessio possessionis* oder *temporis* vorkommen, welche darin besteht, daß die Besitzzeit des Vorgängers in die Besitzzeit des Nachfolgers mit eingerechnet wird, und diesem also zur Vollendung der Ersitzung hilft [t]). Dabey tritt jedoch ein wesentlicher Unterschied zwischen einem Universalsuccessor und einem Singularsuccessor ein. Denn der Erstere kann eine in der Person seines Vorgängers gültig angefangene Ersitzung fortsetzen und vollenden, auch wenn er selbst sich nicht in bona fide befinden sollte [u]), wogegen ihm aber auch die mala fides des Vorgängers dermaaßen nachtheilig ist, daß er, wenn er auch selbst in gutem Glauben sich befindet, doch nicht einmal in seiner Person die Ersitzung der vom Vorgänger besessenen Sache anfangen kann [v]). Bey einem Singularsuccessor hingegen setzt die accessio possessionis sowohl in seiner eigenen Person, als in der seines Vorgängers einen fehlerfreyen Anfang des Besitzes voraus [x]); doch kann er, wenn nur wenigstens er selbst sich in gutem Glauben befindet, trotz der mala fides des Vorgängers, in seiner Person die Ersitzung beginnen [y]). — Die Unterbrechung einer Ersitzung, wodurch de-

ren Vollendung gehindert wird, erfolgt nicht blos durch wirklichen Verluſt des Beſitzes [z]), (welcher Fall mit dem techniſchen Ausdruck *usurpatio* [aa]), bey den Neuern gewöhnlich usurpatio naturalis heißt,) ſondern auch dadurch, daß der, gegen welchen die Erſitzung gerichtet iſt, ſein Recht an der Sache gerichtlich oder ſonſt auf geeignetem Wege verfolgt (ſog. usurpatio civilis). Zwar wurde im ältern Recht nur die longi temporis praescriptio durch die litis contestatio unterbrochen [bb]), nicht auch die usucapio [cc]); wiewohl freylich deren Vollendung nach der litis contestatio in dem Falle, wenn ſich ergab, daß zur Zeit derſelben der Kläger wirklich Eigenthümer geweſen war, dem Beklagten Nichts half, indem er dann doch die Sache nebſt Zubehör dem Kläger ausantworten mußte [dd]). Nach dem neuern Rechte aber iſt wohl anzunehmen, daß jede Erſitzung ohne Unterſchied durch gerichtliche Verfolgung des dinglichen Anſpruchs, oder auch äußerſten Falls, wenn der Beſitzer wegen eines in ſeiner Perſon vorhandenen factiſchen Hinderniſſes nicht unmittelbar in Anſpruch genommen werden kann, durch eine in geſetzlicher Form eingelegte Proteſtation unterbrochen werde [ee]).

a) Diejenige Beſchaffenheit einer Sache, vermöge welcher ſie von der Erſitzung ausgeſchloſſen iſt, heißt *vitium*, §. 10. I. h. t. l. 24. §. 1. D. h. t., bey den Neuern auch *vitium reale*, im Gegenſatz des ſog. *vit. personale*, als welches in der Perſon des Beſitzers, z. B. in der mala fides deſſelben, liegt.

b) Von beyden Arten der erſitzungsfähigen Sachen ſind diejenigen zu unterſcheiden, welche nur der ordentlichen, nicht aber auch der außerordentlichen Erſitzung entzogen ſind. Ueber dieſe ſ. §. 166.

c) Gaj. II. §. 48. §. 1. I. h. t. l. 9. u. l. 45. pr. D. h. t.

d) l. 30. §. 2. D. h. t. — Daß im ältern Recht eine Abweichung von dieſer wahrſcheinlich erſt ſpäterhin durch die Doctrin ausgebildeten Regel bey der hereditas vorkam, iſt bereits im Zuſatz 1. zum vorigen §. bemerkt worden.

e) l. 23. pr. u. §. 2. D. h. t. Auf bewegliche Sachen aber, die mit einander zu einem Ganzen verbunden worden ſind, ohne jedoch dadurch ihre bisherige Beſchaffenheit weſentlich verändert zu haben, iſt dieß nicht anwendbar. l. 30. §. 1. in f. D. h. t. Vgl. hierüber, und über die l. 7. §. 1. u. 2. D. ad exhib. (X. 4.) Unterholzner i. a. W. §. 50.

f) l. 23. §. 2. D. h. t. — Was aber die Frage anlangt, ob nicht auch während der Dauer der Verbindung die einzelnen Beſtandtheile zugleich

mit dem Ganzen durch Ersitzung erworben werden? so ist sie bey den in ein Gebäude verwendeten Baumaterialien entschieden zu verneinen, l. 23. §. 7. u. l. 59. in f. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 7. §. 11. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.), in Ansehung der übrigen Sachen aber wohl zu bejahen. Vgl. von Savigny's Recht des Besitzes S. 262. — A. M. ist jedoch Unterholzner i. a. W. B. 1. S. 165. fgg.

g) l. 3. u. 7. pr. u. §. 1. C. h. t. (VII. 39.) u. Nov. 22. c. 24. in f. Im ältern Recht scheinen Sachen der Unmündigen nur in so weit, als ihre Veräußerung gesetzlich verboten war, der Ersitzung entzogen gewesen zu seyn. Vgl. Unterholzner i. a. W. §. 36—38.

h) l. 4. in f. C. de bon. quae liber. (VI. 61.) l. 1. §. 2. C. de annal. except. (VII. 40.) u. Nov. 22. c. 24. in f.

i) l. 30. C. de jure dot. (V. 12.) „. . . . Omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta, sive per X. sive per XX. annorum curricula, sive per XXX. vel XL. annorum metas, sive ex alio quocunque tempore majore vel minore sit introducta, ea mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possint actiones movere, ...“ Ueber diese Verordnung Justinian's s. Unterholzner i. a. W. §. 80., der jedoch nur die ordentliche Ersitzung bey den Dotalsachen für ausgeschlossen hält. Vgl. B. 2. S. 99. Nr. 8. Noch weiter geht hierin von Buchholtz in d. Juriſt. Abhandl. S. 183. fgg.

k) Eine Modification dieser aus der Natur der Sache sich ergebenden Regel enthält l. 30. §. 1. D. h. t., über deren verschiedene Erklärungen s. Unterholzner i. a. W. B. 1. S. 167. fgg. — Die Bestimmung der l. 16. D. de fundo dot. (XXIII. 5.), nach welcher die an einer Sache noch vor ihrer Bestimmung zur dos bereits begonnene Ersitzung dadurch, daß diese Sache nachher von der Frau dem Manne als Heyrathsgut angewiesen wurde, nicht unterbrochen werden soll, scheint mit dem Sinn und Zweck der in der vorigen Note angef. l. 30. C. nicht vereinbar.

l) l. 13. pr. l. 25. u. l. 44. §. 7. D. h. t. l. 1. C. h. t. (VII. 30.) l. 2. l. 7. §. 6. u. l. 8. §. 1. C. h. t. (VII. 39.) Vgl. Unterholzner i. a. W. §. 183.

m) l. 32. §. 1. D. h. t. l. 2. 9. u. 11. C. h. t. (VII. 33.) l. 8. pr. u. §. 1. C. h. t. (VII. 39.)

n) Gaj. II. §. 43. „. . . . earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint . . . ., si modo eas *bona fide* acceperimus, *quum crederemus eum, qui tradiderit*, dominum esse.“ pr. I. h. t. l. 109. D. de verb. signif. (L. 16.) „*Bonae fidei* emtor esse videtur, qui ignoravit, eam rem alienam esse, aut putavit eum, qui vendidit, jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.“ l. 27. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 2. §. 1. 15. u. 16. l. 6. §. 1. u. l. 7. §. 5. D. pro emtor. (XLI. 4.) — In einem weitern Sinne nehmen Möllenthiel Ueber die Natur des guten Glaubens bey der Verjähr. (Erl. 1820.) §. 4.

u. 6. und Unterholzner i. a. W. §. 95. den Begriff der **bonae fidei possessio**, indem sie dazu in der Regel auch einen gültigen Rechtsgrund für erforderlich halten; was jedoch wenigstens auf die bona fides bey der außerordentlichen Ersitzung nicht anwendbar zu seyn scheint. Vgl. §. 168. — Uebrigens giebt es einige Fälle der Ersitzung, denen Ausnahmsweise das Bewußtseyn des Besitzers, daß die Sache eine fremde sey, nicht entgegensteht. Vgl. l. 28. D. de noxal. act. (IX. 4.), und in Bezug auf das ältere Recht §. 169.

o) l. 4. D. de jur. et fact. ignor. (XXII. 6.) l. 31. pr. u. l. 32. §. 1. in f. D. h. t. l. 2. §. 15. in f. D. pro emtor. (XLI. 4.) Vgl. Unterholzner i. a. W. B. 1. S. 408. fgg.

p) l. 2. §. 13. u. l. 7. §. 4. D. eod. l. 15. §. 2. D. h. t. l. 48. §. 1. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) l. 11. in f. D. de divers. temporal. praescript. (XLIV. 3.) l. un. C. de usucap. transform. (VII. 31.) „. . . . ut in omnibus . . . . justa detentio . . . . non interrumpatur ex posteriore forsitan alienae rei scientia, licet ex titulo lucrativo ea coepta est. . . . “ — Wenn man indessen den Besitz in Folge eines Kaufcontracts erwirbt, so muß die bona fides sowohl zur Zeit des abgeschlossenen Contracts, als auch zur Zeit der Besitzerwerbung vorhanden seyn. l. 2. pr. D. pro emtor. (XLI. 4.) u. l. 48. D. h. t. Vgl. Unterholzner i. a. W. §. 96. 97. u. 119.

q) l. 47. D. h. t. l. 49. §. 2. D. de acquir. possess. (XLI. 2.) l. 1. C. eod. (VII. 32.) l. 2. §. 12. u. 13. D. pro emtor. (XLI. 4.) — Ausnahmen dieser Regel enthalten l. 2. §. 10—14. u. l. 7. §. 8. D. eod. l. 8. pr. l. 15. pr. l. 31. §. 3. l. 43. §. 1. l. 44. §. 7. u. l. 47. in f. D. h. t. l. 22. §. 3. u. l. 29. D. de captiv. (XLIX. 15.) Vgl. auch §. 139. Note l—p), und Unterholzner i. a. W. §. 120.

r) l. 31. §. 1. D. h. t. (S. hierüber Unterholzner i. a. W. B. 2. S. 105. Note 594.) Paul. V. 2. §. 3. u. 4. l. 2. C. h. t. (VII. 33.) l. 14. C. de fund. patrim. (XI. 61.)

s) Dieß folgt aus der im §. 99. z. E. vorgetragenen Regel. Dahin geht auch die Meinung von Hameaux a. a. O. §. 21., welcher jedoch auch auf die 10- oder 20jährige Ersitzung unbeweglicher Sachen, da er bey selbigen nach dem Justinianischen Rechte nur die longi temporis praescriptio für statthaft hält, die natürliche, nicht aber die Civil-Computation angewendet wissen will. — Unterholzner i. a. W. B. 1. S. 296—299. u. B. 2. S. 105. fgg. nimmt bey jeder Art der Ersitzung die Civil-Computation an.

t) l. 2. §. 20. D. pro emtor. (XLI. 14.) l. 14—16. D. de divers. temporal. praescript. (XLIV. 3.) l. 13. pr. — §. 13. D. de acquir. possess. (XLI. 2.) l. 76. §. 1. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 11. C. h. t. (VII. 33.) l. un. C. de usucap. transform. (VII. 31.) „. . . . et ut continuetur ei possessio etiam anterioris justi possessoris, et connumeretur in decennium vel XX. annorum spatium

vel tricennium, ... “ l. 14. C. de fund. patrim. (XI. 61.) — Daß die accessio possessionis zwiſchen dem Erblaſſer u. dem Erben im Vorjuſtinianiſchen Rechte nur bey der longi temporis praescriptio gegolten habe, und erſt von Juſtinian auch auf die usucapio erſtreckt worden ſey, ſcheint zwar nach §. 12. I. h. t. und nach Theophil. dazu angenommen werden zu müſſen; doch iſt dieß ſehr zweifelhaft, da ſowohl die Natur der Sache, als auch einige Digeſtenſtellen, z. B. l. 30. pr. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.) l. 31. §. 5. l. 40. l. 43. pr. u. l. 44. §. 3. D. h. t., dafür ſprechen, daß ſchon nach dem ältern Recht der Erbe die usucapio des Erblaſſers fortſetzte. Vgl. Unterholzner i. a. W. B. 1. S. 465. fgg. — Wegen der Statthaftigkeit der accessio temporis zwiſchen dem Verkäufer und dem Käufer wird im §. 13. I. h. t. u. bey Theophil. daſelbſt auf ein Reſcript von Severus und Antoninus Bezug genommen; indeſſen finden ſich ſchon früher Spuren davon, z. B. l. 14. §. 2. u. l. 15. §. 2. D. de divers. temporal. praescript. Vgl. Unterholzner i. a. W. B. 1. S. 468. fgg. u. Hameaux a. a. O. S. 155. fgg.

u) §. 12. I. h. t. l. 43. D. h. t. l. 2. §. 19. D. pro emtor. (XLI. 4.) Vgl. Unterh. i. a. W. §. 133.

v) §. 12. I. h. t. l. 11. D. de divers. temporal. praescript. (XLIV. 3.) l. 3. C. h. t. (VII. 30.) l. 11. C. de acquir. possess. (VII. 32.) Vgl. Unterh. i. a. W. §. 99. Nr. 2.

x) l. 13. §. 1. u. 13. D. eod. (XLI. 2.) l. 2. §. 17. D. pro emtor. (XLI. 4.) l. 1. C. h. t. (VII. 33.) Vgl. Unterh. i. a. W. §. 134.

y) l. 1. C. cit. l. 5. pr. D. de divers. temporal. praescript. (XLIV. 3.) l. 4. C. de rei vindic. (III. 32.) Nov. 119. c. 7. Vgl. Unterh. i. a. W. §. 99. Nr. 1.

z) l. 5. D. h. t. „Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi dejicitur, vel alicui res eripitur; . . . . “ l. 5. in f. D. pro donat. (XLI. 6.) „. . . . . eum, de quo quaeritur, omisisse videri possessionem, et ideo usucapionem interruptam.“ l. 39. D. de acquir. possess. (XLI. 2.) — Durch Verpfändung einer Sache aber wird, obgleich dadurch der Interdictenbeſitz auf den Fauſtpfandgläubiger übergeht, doch der bisherige Uſucapionsbeſitz des Verpfänders eben ſo wenig unterbrochen, l. 1. §. 15. D. eod. l. 16. D. h. t. (vgl. §. 136 Note y), als wenn man ſeinen bisherigen Beſitz durch einen Stellvertreter ausüben läßt. l. 1. C. h. t. (VII. 30.) u. §. 133. Note i).

aa) l. 2. D. h. t. „*Usurpatio* est usucapionis interruptio; . . . . “ Dieſes Wort, welches wohl aus *usum rapere* gebildet iſt (vgl. Otf. Müller im Rhein. Muſ. B. 5. S. 200. fgg.), ſcheint im urſprünglichen Sinne zunächſt nur auf den Fall einer Verdrängung aus dem Beſitze gegangen zu ſeyn. Vgl. Unterh. i. a. W. B. 1. S. 460.

bb) l. 2. C. h. t. (VII. 33.) „Longi temporis praescriptio his, qui bona fide acceptam possessionem et continuatam, *nec interrup-*

tam inquietudine litis tenuerunt, solet patrocinari.“ l. 10. C. eod. l. 26. C. de rei vindic. (III. 32.) l. 2. C. ubi in rem act. exerc. deb. (III. 19.) „. . . . tanquam *lite* . . . . . *ad interrumpendam longi temporis praescriptionem contestata*. . . .“ A. M. iſt von Buchholtz in d. Verſuchen ꝛc. S. 132. fgg.

cc) l. 2. §. 21. D. pro emtor. (XLI. 4.) l. 2. D. pro donat. (XLI. 6.) l. 17. in f. D. de rei vindic. (VI. 1.)

dd) l. 18. u. 20. D. eod. Vatic. Fr. §. 12.

ee) l. 10. C. de acquir. possess. (VII. 32.) l. 2. C. de annal. except. (VII. 40.) „. . . . et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii, sive longi temporis, sive XXX. vel XL. annorum sit. . . .“ Doch ſind die Anſichten hierüber verſchieden. Vgl. z. B. Unterh. i. a. W. §. 126. 127. u. 186. und Hameaux a. a. O. §. 20.

§. 165.

Ordentliche Erſitzung: α) Dauer derſelben.

Die zur ordentlichen Erſitzung erforderliche Dauer des Beſitzes beſteht nach dem Juſtinianiſchen Rechte [a]) bey beweglichen Sachen in 3. Jahren, bey unbeweglichen aber in 10. Jahren inter praesentes und 20. Jahren inter absentes [b]). *Praesentes* heißen die beyden Intereſſenten (d. h. der Erſitzende und ſein Gegner) nach Juſtinian's Entſcheidung alsdann, wenn ſie in einer und derſelben Provinz ihren Wohnſitz haben, *absentes* aber, wenn ſie in verſchiedenen Provinzen wohnen [c]). Sind nun beyde Intereſſenten, während der Erſitzungszeit theils gegenwärtig theils abweſend im Verhältniſſe zu einander, ſo ſind zum Behuf der Erſitzung unbeweglicher Sachen, ebenfalls nach Juſtinian's Beſtimmung, außer den 10. Jahren, welche bey der ſteten Gegenwart hingereicht haben würden, noch ſo viele Jahre erforderlich, wie viele die Intereſſenten während jener 10jährigen Friſt abweſend im Verhältniſſe zu einander waren [d]). Es müſſen daher zuvörderſt die Jahre der Gegenwart oder des Zuſammenſeyns, gleichviel ob es die erſten oder die mittlern oder die letzten Jahre des verfloſſenen Zeitraums ſind, gezählt, und was an den 10. Jahren des Zuſammenſeyns noch fehlt, muß alsdann durch eine verdoppelte Zeit der Abweſenheit oder des Auseinanderſeyns ergänzt werden [e]).

a) Ueber das ältere Recht ſ. §. 163. Note c), d) u. gg).

b) l. un. C. de usucap. transform. (VII. 31.) u. pr. I. h. t. „.... et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium usucapiantur, immobiles vero per longi temporis possessionem (id est, inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis) usucapiantur, ...“

c) l. 12. C. h. t. (VII. 33.) „.... Sancimus itaque debere in hujusmodi specie utriusque personae, tam petentis quam possidentis, spectari domicilium, ut tam is, qui dominii vel hypothecae quaestionem inducit, quam is, qui res possidet, domicilium habeat in *uno loco*, id est, in *una provincia;* hoc etenim nobis eligendum videtur, ut non in civitate concludatur domicilium, sed magis provincia, et si uterque domicilium in eadem habeat provincia, causam *inter praesentes* esse videri, et decennii magis praescriptione agentem excludi.... Sin autem *non in eadem provincia* uterque domicilium habeat, sed alter in alia, alius in altera, tunc ut *inter absentes* causam disceptari et locum esse XX. annorum exceptioni....“

d) Nov. 119. c. 8. „*Περὶ δὲ τῆς παραγραφῆς τῆς δεκαετίας ταῦτα διατυπῶσαι συνείδομεν. ὥστε εἴ ποτέ τις ἐν τῇ εἰρημένῃ τῆς δεκαετίας χρονικῇ παραγραφῇ ἐπί τινας μὲν ἐνιαυτοὺς παρὼν εἴη, ἐπί τινας δὲ ἀπών, ἄλλους τοσούτους αὐτῷ ἐνιαυτοὺς πρὸς τῇ δεκαετίᾳ προσεθῆναι, ὅσους ἐξ αὐτῆς τῆς δεκαετίας ἀπὼν γέγονε....*“ (De praescriptione vero decennii haec definire decrevimus: ut, si quando quispiam in dicta decennii temporali praescriptione per aliquot quidem annos praesens sit, per aliquot vero absens, tot alii anni ad decennium illi addantur, quot ex ipso decennio absens fuit.)

e) Vgl. Hugo im Civil. Magaz. B. 5. Nr. 17. und Unterholzner i. a. W. §. 84., wo auch bemerkt wird, daß es ganz zu demſelben Ergebniſſe führe, wenn man die Zeit des Zuſammenſeyns doppelt rechne, alsdann aber 20. Jahre fordere.

§. 166.

β) Beſondere Erforderniſſe derſelben:
αα) Eine dieſer Art der Erſitzung fähige Sache.

Bey der ordentlichen Erſitzung kommen zu den im §. 164. angegebenen allgemeinen Erforderniſſen jeder Erſitzung noch zwey beſondere hinzu, nämlich: theils daß die Sache, welche durch die ordentliche Erſitzung erworben werden ſoll, gerade dieſer Art der Erſitzung fähig ſey, theils daß der Beſitz auf einem

rechtmäßigen, zur Ersitzung geeigneten Grunde (**justa causa possessionis** oder **justus titulus**) beruhe [a]). — Zu denjenigen Sachen nun, welche zwar nicht aller Ersitzung, aber doch der ordentlichen entzogen sind, und mithin nur durch die außerordentliche erworben werden können, gehören folgende: 1) Entwendete [b]) und gewaltsam in Besitz genommene Sachen, solange nicht die ihnen anklebende Makel getilgt ist [c]). Das Usucapionsverbot entwendeter Sachen kam schon in den zwölf Tafeln vor [d]), und wurde hernach durch eine **lex Atinia** [e]) (wahrscheinlich vom Jahre Roms 557.) wiederholt [f]), jedoch mit der Modification, daß eine gestohlne Sache alsdann, wenn sie in die Gewalt des Bestohlnen, d. h. wie man es späterhin verstand, ihres Eigenthümers, zurückgekommen wäre, usucapirt werden könnte [g]), weil dann der an ihr haftende Fehler gehoben sey [h]). In Ansehung der gewaltsam in Besitz genommenen Sachen aber wurde die Usucapion durch die **lex Plautia** (v. J. R. 665.) und die **lex Julia** (worunter wahrscheinlich die unter **Augusk** errichtete **lex Julia de vi privata** zu verstehen ist,) verboten [i]); doch verliert auch dieses Verbot alsdann seine Wirksamkeit, wenn dergleichen Sachen in die Gewalt des Berechtigten zurückgekommen sind [k]). Uebrigens bezieht sich die Unfähigkeit beyder Arten von Sachen, durch die ordentliche Ersitzung in's Eigenthum gebracht zu werden, nicht blos auf den Dieb, und den, welcher gewaltsam ihren Besitz an sich gebracht hat, (denn diese sind schon durch ihre **mala fides** von der Ersitzung ausgeschlossen,) sondern auch auf Andere, welche **bona fide** dergleichen Sachen von jenen bekommen haben [l]). 2) Die einer Obrigkeit gegen das Verbot der **lex Julia repetundarum** (v. J. R. 695.) geschenkten Sachen, solange sie nicht wieder in die Gewalt dessen, von dem sie herrühren, oder seines Erben gekommen sind [m]). 3) Unbewegliche Sachen, welche von einem unredlichen Besitzer ohne Vorwissen des Eigenthümers veräußert worden sind [n]). 4) Sachen, deren Veräußerung durch ein Gesetz verboten ist [o]), mithin auch die in einem Rechtsstreite begriffenen Sachen (**res litigiosae**) [p]). 5) Sachen, deren Veräußerung gegen den Willen des Testators, von dem sie herrühren, erfolgt ist, jedoch nur dann, wenn sie entweder Gegenstände eines Vermächtnisses sind, und der Onerirte sie

wissentlich veräußert hat [q]), oder wenn solche Sachen, welche der Testator seinen unmündigen Erben aufbewahrt wissen wollte, vom Vormunde veräußert worden sind [r]). 6) Die Grenzraine [s]). 7) Sachen, welche zum Eigenthum des Staats oder Fiscus gehören [t]). 8) Privatgüter des Regenten [u]). 9) Unbewegliche Sachen der Kirchen und milden Stiftungen [v]). 10) Sachen der Soldaten, solange diese sich im Feldzuge befinden [x]). 11) Sachen der Minderjährigen, solange die Minderjährigkeit dauert [y]). 12) Solche Sachen, welche Hauskindern in Folge einer zweiten Ehe ihres Abscendenten zugefallen, und dann vom Vater veräußert worden sind, auch nach aufgehobener väterlicher Gewalt [z]), während dagegen bey den übrigen zum sog. peculium adventicium der Hauskinder gehörigen Sachen von Zeit der aufgehobenen väterlichen Gewalt an die ordentliche Ersitzung Statt findet [aa]).

a) Die Erfordernisse der ordentlichen Ersitzung, und zwar sowohl die allgemeinen als die besondern, hat man, freylich nicht ganz genau, in folgenden Hexameter gebracht:

Res habilis, titulus, fides, possessio, tempus.

b) In diese Kategorie gehören auch solche bewegliche Sachen, (denn auf diese allein bezieht sich der Begriff des Diebstahls,) welche Jemand mit dem Bewußtseyn, daß es fremde Sachen seyen, unbefugter Weise veräußert hat. **Gaj. II. §. 50. u. 51. in f. §. 3 — 5. u. 7. in f. I. h. t. l. 1. u. 7. C. de usucap. pro emt. (VII. 26.) l. 2. C. de usucap. pro donat. (VII. 27.)**

c) **§. 2. u. 8. I. h. t.**

d) **Gaj. II. §. 45. u. §. 2. I. h. t.**

e) Bey **Theophil. II. 6. §. 2.** heißt diese lex *Ἀτίλιος νόμος*, und bey **Psellus Synops. v. 640.** *δόγμα Ἀτίλειον*; allein für die Richtigkeit der Benennung **Atinia** entscheiden überwiegende Auctoritäten, nämlich **Gell. XVII. 7., §. 2. I. h. t.** (wenn man von den Abweichungen einiger weniger Handschriften absieht, vgl. die Institut. Ausg. von **Schrader** p. 250. v. *Atinia*, und **Dirksen** über die Zwölf-Tafel-Fragmente S. 591.) **l. 4. §. 6. u. l. 33. pr. D. h. t. u. l. 215. D. de verb. signif. (L. 16.)**

f) Als Worte der lex **Atinia** führt **Gell. XVII. 7.** folgende an: „*Quod subreptum erit, ejus rei aeterna auctoritas esto.*“ Ueber die hierher gehörige Bedeutung von auctoritas s. §. 163. Note e) u. m), und über das vermuthliche Verhältniß der lex **Atinia** zu den zwölf Tafeln **Unterholzner** i. a. W. §. 59.

g) l. 4. §. 6. D. h. t. „Quod autem dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur, *nisi in potestatem ejus, cui surrepta est, revertatur*, sic acceptum est, ut in *domini* potestatem debeat reverti, non in ejus utique, cui surreptum est. Igitur creditori surrepta, et ei, cui commodata est, in potestatem domini redire debet.“ Ueber gewiſſe Modificationen dieſer Regel ſ. Unterh. i. a. W. §. 68. u. 71.

h) §. 8. I. h. t. l. 24. §. 1. D. h. t. — Auf die verſchiedenen Arten, wie das Zurückkehren der entwendeten Sache in die Gewalt des Berechtigten erfolgen kann, beziehen ſich l. 4. §. 12—14. u. l. 42. D. h. t. l. 7. §. 7. D. pro emt. (XLI. 4.) l. 84. u. 86. D. de furt. (XLVII. 2.) l. 10. u. 12. C. eod. (VI. 2.) l. 215. D. de verb. signif. (L. 16.) „. . . . In lege Atinia in potestatem domini rem furtivam venisse videri, et si ejus vindicandae potestatem habuerit, Sabinus et Cassius ajunt.“ Vgl. Unterh. i. a. W. §. 70.

i) Gaj. II. §. 45. u. §. 2. I. h. t. Daß die lex Julia et Plautia, deren hier Erwähnung geſchieht, zwey verſchiedene Volksſchlüſſe geweſen ſeyen, ergiebt ſich aus Theophil. II. 6. §. 2. in f.: „ὁ Ἰούλιος καὶ ὁ Πλαύτιος.“ Uebrigens iſt es auffallend, daß in den angef. drey Stellen die lex Plautia, obgleich ſie die ältere war, doch erſt nach dem Juliſchen Geſetze genannt wird. Dagegen findet ſich in der l. 33. §. 2. D. h. t. die umgekehrte, alſo in chronologiſcher Hinſicht richtigere Stellung beyder Geſetze. — Heineccius Antiq. Rom. II. 6. §. 5. glaubt, daß die lex Plautia in die lex Julia aufgenommen, und daher beyde Geſetze wie Eins benannt worden ſeyen. Vgl. auch Unterh. i. a. W. §. 72.

k) §. 8. I. h. t. l. 33. §. 2. D. h. t. l. 86. D. de furt. (XLVII. 2.) l. 6. D. vi bon. rapt. (XLVII. 8.) l. 5. C. de usucap. pro emt. (VII. 26.) Vgl. Unterh. i. a. W. §. 74.

l) Gaj. II. §. 49. u. §. 3. I. h. t. Doch vermuthen Manche, z. B. Heineccius Antiq. Rom. II. 6. §. 4. und Hugo in der Rechtsgeſch. S. 223., daß in den zwölf Tafeln nur dem Diebe ſelbſt die Erſitzung geſtohlner Sachen abgeſprochen worden ſey.

m) l. 8. D. de leg. Jul. repetund. (XLVIII. 11.) Vgl. Unterh. i. a. W. §. 75.

n) Nov. 119. c. 7., wodurch dem frühern Rechte, wie es noch in der l. 37. §. 1. u. l. 38. D. h. t. u. §. 7. I. h. t. vorkommt, derogirt worden iſt. Vgl. Unterh. i. a. W. B. 1. S. 253. fgg.

o) arg. l. 28. pr. D. de verb. signif. (L. 16.) „*Alienationis* verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. . . .“ l. 12. §. 4. D. de Public. in rem act. (VI. 2.) Vgl. Unterh. i. a. W. B. 1. S. 112. fgg. Daß aber ein obrigkeitliches Veräußerungsverbot ebenfalls die ordentliche Erſitzung ausſchließe, läßt ſich aus der l. 12. D. h. t. nicht erweiſen, da hier

der Grund des Uſucapionshinderniſſes ausdrücklich in die Unredlichkeit des Beſitzers („idque tu scias“) geſetzt wird. Vgl. Unterh. i. a. W. B. 1. S. 161.

p) Vgl. §. 121. Note q) u. r), und Unterh. a. a. O. Doch konnte im Vorjuſtinianiſchen Rechte, wenn der gegen den Beſitzer erhobene Rechtsſtreit liegen geblieben, und hernach die Sache an einen neuen Beſitzer gekommen war, der Letztere durch 20jährigen ungeſtörten Beſitz die Sache erwerben. Paul. V. 2. §. 5. u. l. 1. C. h. t. (VII. 33.) Dieß iſt indeſſen nach d. Nov. 119. c. 7. wenigſtens auf den Fall nicht mehr anwendbar, wenn ein Grundſtück ohne Vorwiſſen des Eigenthümers vom bisherigen Beſitzer, der nach dem wider ihn erhobenen Rechtsſtreit allemal für einen malae fidei possessor gilt, veräußert worden iſt. Vgl. Note n).

q) l. 3. §. 3. C. de legat. (VI. 43.) Vgl. Unterh. i. a. W. B. 1. S. 252. fgg.

r) l. 2. C. de usucap. pro emt. (VII. 26.) Vgl. Unterh. i. a. W. §. 38.

s) Dieſe waren ſchon im ältern Recht der usucapio entzogen, §. 163. Note o), und das neuere Recht verordnet, daß bey Grenzſtreitigkeiten keine zehn- und zwanzigjährige Erſitzung ſtatthaft ſeyn ſoll. l. 4. u. 5. Th. C. (ed. Wenck) fin. regund. (II. 26.) l. 5. u. 6. J. C. eod. (III. 39.) Vgl. Unterh. i. a. W. §. 54.

t) l. 9. 18. u. 24. §. 1. D. h. t. §. 9. I. h. t. u. l. 2. C. h. t. (VII. 30.) An erbloſen Gütern aber (bona vacantia), auf welche der Fiscus einen Anſpruch hat, findet, ſolange deßhalb noch keine Anzeige an die Behörde erfolgt iſt, die ordentliche Erſitzung für den, der bona fide Etwas daraus gekauft hat, allerdings Statt. §. 9. I. h. t. u. l. 18. D. h. t. Vgl. Unterh. i. a. W. §. 56. 57.

u) l. 15. Th. C. de jure fisc. (X. 1.) l. 2. u. 3. J. C. ne rei domin. (VII. 38.) l. 14. C. de fund. patrim. (XI. 61.) l. 2. C. de fund. et salt. rei domin. (XI. 66.) Vgl. Unterh. i. a. W. §. 57.

v) Nov. 111. c. 1. u. 131. c. 6. Vgl. Unterh. i. a. W. §. 41.

x) l. 1. u. 8. C. quibus non objic. longi temp. praescr. (VII. 35.) vergl. mit l. 3. C. h. t. (VII. 39.) (verb.: „*non militia contra hanc legem defendenda.*“)

y) l. 3. C. quibus non objic. longi temp. praescr. (VII. 35.) u. l. 5. C. in quib. caus. in integr. restit. (II. 41.) Vgl. Unterh. i. a. W. §. 35.

z) Nov. 22. c. 24.

aa) l. 1. C. de bon. matern. (VI. 60.) l. 4. in f. C. de bon., quae liber. (VI. 61.) u. l. 1. §. 2. C. de annal. except. (VII. 40.) Vgl. Unterh. i. a. W. §. 34.

Zuſatz. Zu den der ordentlichen Erſitzung entzogenen Sachen rechnet man gewöhnlich auch die Sachen der Städte; doch iſt die Richtigkeit dieſer

Ansicht für das neueste Röm. Recht sehr zu bezweifeln. Nämlich zur Zeit der classischen Juristen fand an den Sachen der Städte zwar keine usucapio Statt, l. 9. D. h. t. u. l. 12. §. 2. D. de Public. in rem act. (VI. 2.), wohl aber die longi temporis praescriptio, und zwar von 20. Jahren. §. 163. Note y) u. hh). Nun führte zwar Justinian für die Sachen der Städte eben sowohl, als für die der Kirchen und milden Stiftungen, die 100jährige Verjährung ein; allein späterhin hob er sie wieder auf, und setzte an deren Stelle die 40jährige Verjährung, aber nur für Sachen und Ansprüche der Kirchen und milden Stiftungen, ohne dabey der Städte Erwähnung zu thun. Vgl. Zusatz 1. zum §. 115. Dadurch scheint in Ansehung der Sachen von Stadtgemeinden das frühere Recht stillschweigends wiederhergestellt zu seyn, und es ist demnach consequent, anzunehmen, daß zu ihrer Ersitzung, ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, im neuesten Justinianischen Rechte der Zeitablauf von 20. Jahren erforderlich und hinreichend sey; wofür sich auch die l. 15. §. 27. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) anführen läßt. Doch ist an gemeinsam benutzten Quellen der regia civitas die longi temporis praescriptio für unstatthaft erklärt durch die l. 9. C. de aquaeduct. (XI. 42.) — Andere Meinungen hierüber s. bey Unterh. i. a. W. §. 45. u. 58. Vgl. dagegen des Verfassers Bemerk. S. 400 – 402.

§. 167.

ββ) Justus titulus.

Das zweite besondere Erforderniß der ordentlichen Ersitzung besteht in einem rechtmäßigen Erwerbsgrunde des Besitzes (justa causa possessionis oder justus titulus, n. a. u.) [a]), d. h. einer solchen Thatsache, welche an und für sich allerdings dazu geeignet wäre, dem Besitzerwerber mit dem Besitze der Sache zugleich auch das Eigenthum derselben zu verschaffen [b]), im vorliegenden Falle aber diese Wirkung darum nicht hat, weil irgend ein Mangel dabey vorkommt, der eben erst durch die Ersitzung gehoben werden kann und soll [c]). Daß nun aber dieser Mangel nicht etwa in der Rechtsungültigkeit des Geschäfts, vermöge dessen der Besitz erworben worden ist, liegen dürfe [d]), ergiebt sich schon aus dem Begriff eines *justus* titulus. Auch muß jener Rechtsgrund des Besitzes ein in der Wirklichkeit vorhandener (verus titulus) seyn [e]), und es findet daher, wenn er auf einem bloßen Irrthum des Besitzers beruht, die Ersitzung in der Regel nicht Statt [f]), außer wenn

der dießfallsige Irrthum aus den besondern Umständen sich leicht erklären und entschuldigen läßt (probabilis oder tolerabilis error) [g]). Ist das Geschäft, in dessen Folge man den Besitz einer Sache erlangt hat, unter einer Suspensivbedingung eingegangen, so kann vor deren Eintritt noch keine Ersitzung erfolgen [h]), während sie dagegen durch eine dem Geschäft beygefügte Resolutivbedingung, oder durch die Widerruflichkeit desselben nicht gehindert wird [i]). — Da übrigens die Erwerbungsgründe des Eigenthums sehr verschieden sind [k]), so giebt es auch verschiedene Rechtsgründe oder Titel der Ersitzung [l]), und für die Wichtigsten derselben kommen folgende technische Bezeichnungen vor: *pro emtore* [m]), *pro herede* [n]), *pro donato* [o]), *pro derelicto* [p]), *pro legato* [q]), *pro dote* [r]), *pro soluto* [s]), *pro suo* [t]). Dagegen liegt kein rechtsgültiger Ersitzungstitel in dem *pro possessore possidere* (a. u.). Denn dieser Ausdruck wird von einem Solchen gebraucht, welcher eine Sache entweder mala fide, oder aus einem ungültigen Rechtsgrunde erlangt hat [u]).

a) pr. I. h. t. l. 8. C. de usucap. pro emt. (VII. 26.) — l. 24. C. de rei vindic. (III. 32.) „Nullo justo titulo praecedente possidentes ratio juris quaerere dominium prohibet. . . .“ l. 4. C. h. t. (VII. 33.) l. 8. C. ne de statu defunct. (VII. 21.) l. un. C. de usucap. transform. (VII. 31.) — Das Wort *titulus* (über dessen allgemeinen, auch nicht juristischen Sinn s. Hugo im Civil. Magaz. B. 4. S. 144. fgg. u. Unterholzner i. a. W. B. 1. Note 333.) bezeichnet in der hierher gehörigen Bedeutung den Erwerbsgrund des Besitzes; daher er auch vollständiger *titulus possessionis* heißt z. B. l. 1. §. 9. D. si quis omiss. caus. testam. (XXIX. 4.) l. 2. u. 11. C. de petit. hered. (III. 31.), oder auch, sofern er als Grund der Ersitzung in Betracht kommt, *titulus usucapionis* l. 1. pr. D. pro dote. (XLI. 9.) Theophil. IV. 15. §. 3. „. . . . *Τίτλος δέ ἐστιν, ἡ τῆς διακατοχῆς αἰτία. . . .*“ (*Titulus* autem est possessionis causa.) — Ueber einen weitern Begriff von titulus s. §. 93. Note a).

b) Daher wird ein solcher Titel in der l. 6. C. de ingen. manum. (VII. 14.) auch so umschrieben: *quo dominia quaeri solent*, und heißt bey den Neuern: titulus ad transferendum (oder ad acquirendum) dominium habilis. — Fälle von Besitzübertragungen, welche sich nicht zur Ersitzung eignen, kommen vor z. B. in d. l. 13. pr. D. h. t. l. 1. C. h. t. (VII. 30.) l. 2. C. h. t. (VII. 39.) l. 4. C. qui bon. ced. poss. (VII. 71.)

c) Dieß iſt der Fall, z. B. wenn man die Sache von einem Nichteigenthümer, oder von einem dispoſitionsunfähigen Eigenthümer bona fide übertragen bekommen hat, oder im älteren Recht, wenn die Uebergabe einer mancipi res ohne feyerliche Form geſchehen war. Vgl. §. 163. Note h) u. i) und Unterh. i. a. W. §. 102.

d) l. 1. §. 1. u. 2. D. pro donato (XLI. 6.) l. 1. §. 3. u. 4. D. pro dote. (XLI. 9.)

e) l. 4. C. de usucap. pro herede (VII. 29.) l. 5. C. h. t. (VII. 33.) l. 6. C. de ingen. manum. (VII. 14.) Doch wird, wenn nur wirklich ein gültiger Titel exiſtirt, durch einen darauf bezüglichen Irrthum des Beſitzers die Erſitzung nicht ausgeſchloſſen. l. 31. §. 6. D. h. t. vergl. mit l. 36. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.)

f) §. 11. I. h. t. l. 27. D. h. t. l. 2. pr. u. §. 2. D. pro emt. (XLI. 4.) l. 1. pr. D. pro donat. (XLI. 6.) l. 6. D. pro derelict. (XLI. 7.) l. 2. u. 3. D. pro legat. (XLI. 8.)

g) l. 5. §. 1. u. l. 3. D. pro suo (XLI. 10.) l. 11. D. pro emt. (XLI. 4.) l. 44. §. 4. in f. D. h. t. l. 3. C. de usucap. pro donat. (VII. 27.) Vgl. Unterh. i. a. W. §. 103.

h) l. 1. §. 2. D. pro dote. (XLI. 9.) l. 2. §. 2. D. pro emt. (XLI. 4.)

i) l. 2. §. 3. D. eod. l. 13. pr. u. l. 33. D. de mort. caus. donat. (XXXIX. 6.) Vgl. Unterh. i. a. W. §. 102. Nr. 1.

k) l. 1. §. 2. D. de Public. in rem act. (VI. 2.) „. . . . . satis multae sunt juris partes, quibus dominium quis nanciscereture. . . . “ l. 2—7. pr. §. 2. D. eod. — Wenn es nun gleichwohl in der l. 3. §. 4. D. de acquir. possess. (XLI. 2.) heißt: „. . . . . nec enim, sicut *dominium non potest nisi ex una causa contingere*, ita et possidere ex una duntaxat causa possumus,“ ſo will dieſe Stelle nur ſagen, daß an der nämlichen Sache, obgleich der Beſitz aus mehrern Gründen möglich ſey, doch das Eigenthum ſelbſt nur aus Einem Grunde erworben werden könne.

l) l. 3. §. 21. D. eod. „Genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendi ejus, quod nostrum non sit, velut pro emtore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, pro noxae dedito, pro suo; . . . . . et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae.“ Theophil. IV. 15. §. 3. „. . . . ὅσαι τῶν κτήσεων εἰσὶ προφάσεις, τοσοῦτοι καὶ τίτλοι . . . .“ (quot acquisitionum sunt causae, totidem et tituli.) — Doch fallen hier diejenigen Erwerbungsgründe des Eigenthums aus, bey welchen ein Mangel, der erſt durch Erſitzung gehoben oder ergänzt werden müßte, gar nicht vorkommen kann, wie dieß namentlich bey den urſprünglichen Erwerbungsarten (§. 93. u. 151. z. E.) der Fall iſt, vgl. Unterh. i. a. W. §. 105., außer im ältern Recht, wenn ſie ſich auf eine mancipi res bezogen. Vgl. §. 151. Note h), u. §. 152. Nr. 1. u. 2.

m) tit. D. pro emtore (XLI. 4.) u. tit. C. de usucap. pro emt. vel transact. (VII. 26.) Vgl. Unterh. i. a. W. §. 110.

n) tit. D. pro herede, vel pro possessore (XLI. 5.) tit. C. de usucap. pro herede. (VII. 29.) Die usucapio pro herede (a. u.) kommt im Justinianischen Rechte (denn über das ältere s. §. 169.) noch vor theils bey dem wirklichen Erben, wenn er fremde, und noch nicht im Eigenthumsbesitz des Erblassers befindlich gewesene Sachen in der Erbschaft vorfindet, oder als Sachen des Erblassers übergeben bekommt, und sie irriger Weise als Erbschaftsstücke besitzt, l. 3. D. eod., vorausgesetzt, daß sein dießfallsiger Irrthum ein leicht entschuldbarer ist (s. Note g)), sonst aber nicht, l. 4. C. eod. u. l. 4. C. h. t. (VII. 33.), theils auch beym blos vermeintlichen Erben, wenn er einen hinreichenden Grund hatte, sich für den Erben zu halten, in Bezug auf wirkliche Erbschaftssachen, l. 33. §. 1. D. h. t. „. . . . Hoc amplius si justam causam habuerit existimandi, se heredem vel bonorum possessorem domino exstitisse, fundum pro herede possidebit. . . . .“; doch ist diese Ersitzung nur gegen Andere, als den wirklichen Erben, wirksam. l. 20. §. 6. u. l. 28. D. de hered. petit. (V. 3.) l. 7. C. eod. (III. 31.) u. l. 4. C. in quib. caus. cess. longi temp. praescr. (VII. 34.) — Indessen sind hierüber die Ansichten sehr verschieden. Vgl. Unterh. i. a. W. §. 106. u. 107. und die bey Mackeldey §. 261. Note a) angef. Schriftsteller, ingl. Fritz Erläut. zu Wening-Ingenh. H. 2. S. 331—336. — Es bezieht sich aber die usucapio pro herede nicht blos auf den Civilerben (heres im eigentlichen Sinne), sondern auch auf den prätorischen Erben (bonorum possessor). l. 33. §. 1. D. cit. u. l. 11. pr. in f. D. de hered. petit. Ueber die wahrscheinliche Unächtheit des in der Ueberschrift des oben angef. Digestentitels vorkommenden Zusatzes: *vel pro possessore* s. Unterh. i. a. W. Note 368. z. E. — Uebrigens wird der Ausdruck: *pro herede possidere*, in d. l. 3. §. 4. D. de acquir. possess. (XLI. 2.) auch von dem Falle gebraucht, wo der Erbe den vom Erblasser bereits angefangenen Besitz fortsetzt, obgleich dafür die specielle Bezeichnung nach dem Titel, aus welchem der Erblasser den Besitz erworben hatte, z. B. pro emtore, passender ist.

o) tit. D. pro donato (XLI. 6.) u. tit. C. de usucap. pro donat. (VII. 27.) Vgl. Unterh. i. a. W. §. 113.

p) tit. D. pro derelicto (XLI. 7.) Vgl. Unterh. i. a. W. §. 114.

q) tit. D. pro legato. (XLI. 8.) Vgl. Unterh. i. a. W. §. 115.

r) tit. D. pro dote (XLI. 9.) u. tit. C. de usucap. pro dote (VII. 28.) Vgl. Unterh. i. a. W. §. 112.

s) l. 46. u. 48. D. h. t. Als eine Art dieses Titels läßt sich auch der in der l. 3. §. 21. D. de acquir. possess. (XLI. 2.) angef. Titel: *pro noxae dedito*, ansehen. Vgl. Unterh. i. a. W. §. 109.

t) tit. D. pro suo. (XLI. 10.) Dieser Ausdruck geht im allgemeinen Sinn auf jeden zur Ersitzung geeigneten Besitzgrund, wenn er auch einen speciellen Namen führt, l. 1. pr. D. eod. „*Pro suo* possessio talis est, quum dominium nobis acquiri putamus, et ex ea causa possi-

mus, ex qua acquiritur, et praeterea pro suo; utputa ex causa emtionis et pro emtore et pro suo possideo; item donata vel legata vel pro donato, vel pro legato, etiam pro suo possideo;“ vorzugsweiſe aber theils auf ſolche Erwerbsarten, für welche es keinen beſondern Kunſtausdruck giebt, l. 2. u. l. 4. pr. u. §. 1. D. eod., theils auf ſolche, wo der zur Bezeichnung des Erſitzungstitels recipirte ſpecielle Kunſtausdruck wegen eines mangelnden Erforderniſſes nicht ganz paßt. l. 4. §. 2. D. eod. l. 1. §. 2. in f. D. pro dote (XLI. 9.) u. l. 67. D. de jure dot. (XXIII. 3.) — Uebrigens wird auch in ſolchen Fällen, wo zur Erlangung des Eigenthums keine Erſitzung nöthig, oder dieſe ſchon vollendet iſt, der Ausdruck: *pro suo possessio*, oder *pro suo possidere* gebraucht, um damit einen rechtsgültigen Eigenthumserwerb zu bezeichnen. l. 2. D. pro suo. l. 3. §. 4. u. 21. D. de aoquir. possess. (XLI. 2.) u. l. 32. pr. D. h. t. Vgl. Unterh. i. a. W. §. 101. u. 105., und des Verfaſſers Bemerkungen ꝛc. S. 67. fgg. u. 74. fgg.

u) Gaj. IV. §. 144. §. 3. I. de interdict. (IV. 15.) u. Theophil. dazu, l. 11. §. 1. l. 12. u. l. 13. pr. u. §. 1. D. de hered. petit. (V. 3.) „*Pro possessore* vero possidet praedo, qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, quia possideo . . . ., nec ullam causam possessionis possit dicere . . . . . Omnibus etiam titulis hic *pro possessore* haeret, et quasi injunctus est. Denique et pro emtore titulo haeret; nam si a furioso emero sciens, *pro possessore* possideo. . . .“ l. 33. §. 1. D. h. t. „. . . . si quis emerit fundum sciens ab eo, cujus non erat, possidebit *pro possessore*. . . .“

§. 168.

Außerordentliche Erſitzung [a]).

Die außerordentliche Erſitzung von 30. oder 40. Jahren tritt, dafern nur die allgemeinen Erforderniſſe einer jeden Erſitzung (§. 164) vorhanden ſind, überhaupt zur Aushülfe ein in Fällen, wo es an den beſondern Erforderniſſen der ordentlichen Erſitzung, oder an Einem derſelben fehlt; alſo theils dann, wenn die Sache der ordentlichen Erſitzung unfähig iſt [b]), theils dann, wenn der Beſitzer bey einer ſonſt der ordentlichen Erſitzung unterworfenen Sache keinen rechtmäßigen Erwerbsgrund des Beſitzes (justus titulus) nachweiſen kann [c]), theils auch dann, wenn beyde Mängel zuſammentreffen [d]). Dagegen findet auch die außerordentliche Erſitzung nicht Statt, wenn die Sache aller Erſitzung unfähig (§. 164. Nr. 1.), oder der Be-

ſitz nicht ein Eigenthumsbeſitz iſt [e]), oder der Beſitzer ihn mala fide erlangt hat. Im letztern Falle erwirbt er zwar eine Einrede gegen die Klage des Eigenthümers, wenn dieſe durch Verjährung erloſchen iſt, aber kein Eigenthum, und mithin keine dingliche Klage für den Fall, wenn er ſelbſt aus dem Beſitz der Sache gekommen ſeyn ſollte. [f]) — In der Regel wird nun die außerordentliche Erſitzung in 30. Jahren vollendet; doch iſt bey folgenden Sachen der Ablauf von 40. Jahren erforderlich: 1) bey Privatgütern des Regenten [g]); 2) bey unbeweglichen Sachen einer Kirche oder milden Stiftung [h]); 3) bey Sachen, über welche ein Proceß angefangen, aber liegen geblieben iſt, inſofern ſie nämlich der Beklagte gegen den Kläger erſitzen will; und hierbey wird die 40jährige Friſt von der letzten gerichtlichen Handlung an gerechnet [i]).

a) Vgl. Fritz in der Zeitſch. f. Civilr. und Prozeß, B. 3. Nr. 23. S. 435. fgg.

b) l. 6. C. fin. regund. (III. 39.) l. 5. C. in quib. caus. in integr. restit. (II. 41.) Nov. 119. c. 7. in f. Vgl. Unterholzner i. a. W. B. 1. S. 163.

c) Denn in der l. 8. §. 1. C. h. t. (VII. 39.) wird zur 30- oder 40jährigen Verjährung, ſofern eine dingliche Klage durch ſie begründet werden ſoll, zwar bona fides des Beſitzers, nicht aber auch ein justus titulus erfordert, und in der l. 14. C. de fund. patrim. (XI. 61.) wird in Bezug auf die 40jährige Verjährung ausdrücklich beſtimmt, daß ſie auch dann, wenn die Sache *sine titulo* beſeſſen wäre, dem Beſitzer Schutz gewähren ſolle. Nicht ganz übereinſtimmend iſt Unterh. i. a. W. §. 104. u. B. 2. S. 107. S. dagegen Fritz a. a. O. S. 438. u. 452. fgg. Der Letztere nimmt überhaupt das (in den Quellen freylich nicht beſtimmt ausgeſprochene) Princip an, daß zur außerordentlichen Eigenthumserſitzung, abgeſehen von der ſpeciell vorgeſchriebenen bona fides, nicht mehr, und nicht weniger erfordert werde, als zur Extinctivverjährung der Eigenthumsklage.

d) Vgl. die in der vorigen Note cit. Stellen.

e) l. 2. u. l. 7. §. 6. in f. C. h. t. (VII. 39.)

f) l. 8. §. 1. C. eod. Zwey Ausnahmen dieſer Regel ſind im §. 2. u. 3. deſſelben Geſetzes enthalten. Vgl. Unterh. i. a. W. B. 2. S. 80. u. 107. fgg.

g) l. 14. C. de fund. patrim. (XI. 61.) Das Nämliche nimmt man gewöhnlich auch vom Beſitzthume des Staats an; doch giebt es kein ganz beſtimmt dafür ſprechendes Quellenzeugniß. Vgl. übrigens Unterh. i. a. W. B. 1. S. 158. Nr. 4. u. B. 2. S. 100. z. E.

h) Nov. 111. u. 131. c. 6.

i) l. 9. C. h. t. (VII. 39.) u. l. 1. §. 1. in f. C. de annal. except. (VII. 40.) vergl. mit l. 1. C. h. t. (VII. 33.) — Vgl. auch §. 115. Note u) u. v), und Unterh. i. a. W. §. 125. Nr. 5.

§. 169.

Von einigen blos dem ältern Rechte angehörigen Arten der Ersitzung: α) Usucapio pro herede. β) Usureceptio.

Gajus II. §. 52—61.

Im ältern Röm. Rechte gab es an Erbschaftssachen eine von der noch im Justinianischen Rechte vorkommenden (§. 167. Note n)) verschiedene usucapio, und zwar sowohl an Erbschaften im Ganzen, als auch an einzelnen Erbschaftsstükken. Ganze Erbschaften nämlich, für welche kein Erbe vorhanden war, wurden ehedem andern herrenlosen Sachen gleichgeachtet, und konnten daher von Jedem in Beschlag genommen, und durch Usucapion in's Römische Eigenthum gebracht werden; und hier wurde dieselbe schon in einem Jahre vollendet, weil in den zwölf Tafeln für alle übrigen Sachen, außer den Grundstücken, eine einjährige Usucapionsfrist vorgeschrieben war (§. 163. Note c) u. d)), und man nun das Ganze der Erbschaft, da es, als solches, nicht zu den Grundstücken und überhaupt nicht zu den körperlichen Sachen gerechnet werden konnte, mit unter den übrigen Sachen begriff [a]). Diese Usucapion war noch zu Cicero's Zeiten üblich [b]); doch nahm man in der Folge an, daß Erbschaften, als Gesammtheiten des Vermögens, nicht usucapirt werden könnten [c]). Dagegen blieb die Usucapion an einzelnen Erbschaftssachen, welche der Erbe noch nicht in seinen Besitz gebracht hatte, bis auf Hadrian's Zeiten gültig. Dergleichen Erbschaftssachen konnte nämlich ein Jeder, der da wollte, in Besitz nehmen, und durch Usucapion in sein Eigenthum bringen, und eine solche Ersitzung hieß *usucapio pro herede*, oder auch *lucrativa* [d]). Sie hatte außer der Eigenthümlichkeit, daß sie nach der Analogie der alten usucapio einer Erbschaft, als Vermögensgesammtheit, auch an Erbschaftsgrundstücken schon in einem Jahre vollendet wurde [e]),

noch das Besondere, daß zu ihr selbst ein Solcher fähig war, welcher wußte, daß die Sache zu einer fremden Erbschaft gehörte [f]). Die Absicht, warum diese sonderbare Ersitzung, welche Gajus selbst *improba* possessio et usucapio nennt, eingeführt worden war, ging dahin, um dadurch den Erben zur möglichst baldigen Antretung und Besitzergreifung der Erbschaft zu veranlassen, damit nämlich die sacra des Erblassers (vgl. Zusatz zu §. 45.) ohne lange Unterbrechung fortgesetzt werden, und auch die Gläubiger desselben bald wissen möchten, an Wen sie sich zu halten hätten [g]). Durch ein Senatusconsult unter Hadrian aber wurde diese usucapio pro herede für unwirksam erklärt, so daß der Erbe durch die hereditatis petitio auch die von einem Andern usucapirten Erbschaftssachen erlangen könnte, gleich als ob sie nicht usucapirt worden wären [h]). Nur in dem Falle, wenn ein necessarius heres vorhanden, und also ipso jure Erbe geworden war, blieb jene Usucapion auch nach dem Hadrianischen Senatusconsult noch bey Kräften [i]). Doch kommt sie auch für diesen Fall im neuern Röm. Recht nicht mehr vor [k]). — Eine andere, dem Vorjustinianischen Recht angehörige Art der usucapio pro herede war die, vermöge welcher der bonorum possessor das an den Erbschaftssachen erlangte bonitarische Eigenthum in Quiritarisches verwandeln konnte [l]). Diese blieb auch nach jenem Hadrianischen Senatusconsult noch bestehen, da einem prätorischen Erben, dessen Erbschaftsbesitz ein wirksamer (bonorum possessio cum re) war, vom Civilerben die Erbschaft nicht wieder abgestritten werden konnte [m]); doch hat sie im Justinianischen Rechte mit der Aufhebung des Unterschieds zwischen Quiritarischem und bonitarischem Eigenthum (§. 146.) ihre Anwendbarkeit verloren. — Ferner war im ältern Recht eine besondere Art der Ersitzung die *usureceptio*, d. h. diejenige, Usucapion, wodurch Jemand eine ihm schon früher einmal zugehörig gewesene Sache wieder erwarb. Wenn nämlich Jemand seine Sache auf feyerliche Weise (z. B. durch mancipatio oder in jure cessio,) einem Andern *fiduciae causa*, d. h. unter dem Versprechen der dereinstigen Zurückgabe, veräußert hatte, so konnte er, wenn er dann wieder in ihren Besitz kam, sein vormaliges Eigenthum daran durch Usucapion zurückerwerben [n]),

und zwar wurde dieſe Erſitzung durch das Bewußtſeyn des vorigen Eigenthümers, daß die Sache jetzt eine fremde ſey, nicht gehindert, und auch an Grundſtücken in der Regel ſchon in einem Jahre vollendet [o]). Eine ſolche usureceptio fand z. B. Statt, wenn man ſeine Sache einem Freunde, dem man ſie zum Aufheben geben wollte, fiduciae causa ſolenn veräußert hatte, und dann wieder in ihren Beſitz gekommen war, desgleichen wenn man ſeinem Gläubiger zum Zweck der Pfandbeſtellung eine Sache auf die angegebene Weiſe veräußert, und dann nach geleiſteter Zahlung ihren Beſitz wieder erlangt hatte [p]). Eben ſo war die usureceptio auch in dem Falle geſtattet, wenn das Volk eine ihm verpfändete Sache verkauft hatte, und alsdann der Beſitz derſelben von dem Käufer wieder an den vorigen Eigenthümer gelangt war; doch wurde hier ein Grundſtück erſt nach zwey Jahren uſurecipirt [q]). Auf einen ſolchen Fall ging der Gemeinſpruch: *ex praediatura possessionem usurecipi* [r]). Im Juſtinianiſchen Rechte aber kommt von der usureceptio keine Spur mehr vor.

a) Gaj. II. §. 54.

b) Cic. de legib. II. 19. und ad Attic. I. 5.

c) Gaj. II. §. 54.

d) Id. II. §. 52. u. 56.

e) Id. II. §. 53. u. 54.

f) Id. II. §. 52. u. 56.

g) Id. II. §. 55.

h) Id. II. §. 57. Die Neuerung dieſes Senatusconſults war wohl nicht blos, wie von Savigny in der Zeitſch. für geſchichtl. Rechtsw. B. 5. S. 21. Note 29. meint, gegen den malae fidei possessor, ſondern auch gegen den bonae fidei possessor von Erbſchaftsſachen gerichtet, da ſowohl Gajus l. c. ſich ganz allgemein hierüber ausſpricht, („ut tales usucapiones revocarentur,“) als auch in der l. 1. C. de usucap. pro hered. (VII. 29.) es ſchlechthin heißt: „Cum pro herede usucapio locum non habeat. . . .“ Vgl. Arndts im Rhein. Muſ. J. 2. H. 2. S. 133. fgg., Fabricius ebendaſ. J. 4. H. 2. S. 199. fgg. u. Unterholzner ebendaſ. B. 5. H. 1. S. 28. In der Perſon deſſen, der wiſſentlich fremde Erbſchaftsſachen an ſich genommen hat, mußte vollends ſeit der durch eine Oratio Divi Marci eingeführten accusatio expilatae hereditatis (l. 1. D. expil. hered. [XLVII. 19.]) die usucapio pro herede als ganz unſtatthaft erſcheinen. Vgl. Arndts a. a. O. — Ob übrigens, wie Manche, z. B. Unterh. i. a. W. B. 1. Note 327.,

Rudorff in der Zeitſch. f. geſchichtl. Rechtsw. B. 6. S. 423. in d. Anmerk. und Fabricius a. a. O. vermuthen, jenes Senatusconſult unter Hadrian identiſch ſey mit dem, welches uns in der l. 20. §. 6. D de hered. petit. (V. 3.) aufbehalten iſt, und bey den Neuern gewöhnlich SC. Juventianum heißt (§. 136. Note u) u. v)), ſteht dahin.

i) Gaj. II. 58. u. III. §. 201. (Ueber die letztere Stelle ſ. Huſchke in den Studien des Röm. Rechts S. 300. fgg.) Dieſe Ausnahme war jedoch, wenigſtens ſeit der Einführung der accusatio expilatae hereditatis (ſ. die vorige Note), wohl nur auf den bonae fidei possessor von Erbſchaftsſachen beſchränkt. Vgl. Arndts a. a. O. — Eine von der gewöhnlichen abweichende Erklärung jener beyden Stellen aus Gajus giebt Unterh. im Rhein. Muſ. B. 5. S. 30. fgg.

k) Ob die l. 2. C. de usucap. pro hered. (VII. 29.) „Nihil pro herede posse usucapi *suis heredibus existentibus*, magis obtinuit," ſich hierauf beziehe, iſt zweifelhaft, da in ihr nicht, wie bey Gaj. II. §. 58. u. III. §. 201., des necessarius heres ſchlechthin, ſondern der sui heredes (die freylich eine beſondere Art der necessarii heredes bilden,) gedacht iſt. Ueber verſchiedene Erklärungen dieſer Stelle ſ. Unterh. i. a. W. B. 1. Note 370.

l) Gaj. III. §. 80. — Darüber, daß der Ausdruck: *pro herede* usucapere, auch auf den bonorum possessor gehe, vgl. §. 167. Note n) z. E.

m) Gaj. II. §. 148. u. Ulp. XXVIII. §. 13.

n) Gaj. II. §. 59. „ . . . . quae species usucapionis dicitur *usureceptio*, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem."

o) Id. l. c.

p) Id. II. §. 60. Doch findet in dem Falle, wenn die Veräußerung einer Sache zum Behuf der Pfandbeſtellung geſchehen, und die Schuld noch nicht bezahlt war, die usureceptio (und zwar als lucrativa usucapio) auf Seiten des Schuldners nur dann Statt, wenn er die Sache vom Gläubiger weder gepachtet oder gemiethet, noch auch bittweiſe ihren Beſitz erlangt hatte. Gaj. l. c.

q) Id. II. §. 61.

r) Id. l. c. *Praediator* hieß nämlich der, welcher vom Volke Etwas kaufte. Id. l. c. Auf die praediatores bezog ſich ein eigner Titel im Edict des Praetor urbanus, wie ſich aus der Ueberſchrift der l. 54. D. de jure dot. (XXIII. 3.) ergiebt, und nach ihnen iſt auch das bey Cic. pro Balbo c. 20. erwähnte *jus praediatorium* benannt.

Zuſatz. Auf die oben beſchriebene possessio et usucapio pro herede ſcheint ſich ehedem, wenn auch nicht ausſchließlich, doch vorzugsweiſe die Regel: *neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse*, bezogen zu haben, ſo daß es hiernach unzuläſſig war, den einmal angefangenen Beſitz einer Sache nach dem Tode des Erblaſſers, dem ſie ange-

hört hatte, durch einen einseitigen Willensbeschluß in eine possessio pro herede zu verwandeln. Vgl. §. 140. Note t).

§. 170.

2) Adjudicatio.

Eine zweite, hier zu erörternde, civilrechtliche Erwerbungsart des Eigenthums ist die *adjudicatio* [a]), d. h. das Zusprechen des Eigenthums einer Sache durch den Richter in einem der drey Theilungs- oder Auseinandersetzungsprocesse, nämlich dem familiae erciscundae, communi dividundo und finium regundorum judicium (§. 108. Nr. 1.) [b]). In einem solchen Processe kann und soll der Richter zur Auseinandersetzung der Interessenten, nach Verschiedenheit der Fälle, entweder einem Jeden bestimmte einzelne Sachen von denen, die bisher gemeinschaftlich waren, oder einen bestimmten Theil des bisher gemeinschaftlich gewesenen Ganzen, oder auch, wenn die Sache untheilbar ist, dem Einen das Ganze gegen eine angemessene Entschädigung des Andern, oder endlich bey der Grenzregulirung nöthigenfalls auch einen Theil von dem Grundstück des Einen, gegen verhältnißmäßige Entschädigung desselben, dem andern Grundeigenthümer zusprechen [c]). Zu den Erwerbungsarten des Eigenthums gehört nun die adjudicatio um deßwillen, weil jeder Interessent an dem, was ihm in einem Theilungsprocesse vom Richter zugesprochen wird, (mochte es im ältern Recht eine mancipi oder nec mancipi res seyn,) sofort das ausschließliche Eigenthum erwirbt [d]), während er vorher nur das Miteigenthum am gemeinschaftlichen Gegenstand hatte, oder doch sein ausschließliches Eigenthum an einem Theile unbestimmt war, wie namentlich im Fall einer zufällig entstandenen Grenzverwirrung. — Sollte indessen von einer fremden Sache, die aus Irrthum für eine gemeinschaftliche der Theilungs-Interessenten gehalten wurde, dem Einen oder Andern vom Richter Etwas zugesprochen worden seyn, so kann er freylich erst durch Ersitzung das Eigenthum daran erwerben [e]).

a) Ulp. XIX. §. 2.

b) Ulp. XIX. §. 16. — Doch wird das Wort *adjudicare* auch für das richterliche Zusprechen einer Servitut in einem Auseinandersetzungsprocesse

gebraucht, l. 6. §. 1. D. de usufr. (VII. 1.) l. 16. §. 1. D. famil. ercisc. (X. 2.) l. 6. §. 10. D. commun. divid. (X. 3.), und im weitern Sinne überhaupt für das Zuerkennen durch richterlichen Ausspruch auch außerhalb eines Theilungsproceſſes, z. B. l. 16. §. 5. D. de pignor. (XX. 1.) l. 39. pr. D. de jure fisci (XLIX. 14.) — Uebrigens iſt mit der adjudicatio nicht zu verwechſeln die res judicata. Vgl. §. 115. Note c).

c) §. 4—6. I. de offic. jud. (IV. 17.) — l. 3. C. commun. divid. (III. 37.)

d) Ulp. XIX. §. 16. u. §. 7. I. de offic. jud. (IV. 17.) S. jedoch §. 152. Note c).

e) l. 17. D. de usurpat. (XLI. 3.)

§. 171.

3) Unmittelbarer Eigenthumserwerb vermöge einer *lex*.

Endlich iſt hier unter den civilrechtlichen Erwerbungsgründen des Eigenthums auch noch der Fälle zu gedenken, wo zufolge einer geſetzlichen Beſtimmung Etwas unmittelbar in das Eigenthum eines Andern übergeht (*lege* acquiritur [a]), ohne daß es dazu einer beſondern, auf Uebertragung und Erwerbung des Eigenthums gerichteten Handlung (z. B. der Uebergabe,) bedarf. Dieß fand ſchon nach den zwölf Tafeln bey'm legatum, ohne Unterſchied zwiſchen mancipi und nec mancipi res, und nach der lex Papia Poppaea auch bey'm caducum und ereptorium (oder, wie man es gewöhnlich nennt, erepticium) Statt [b]), (wovon im Erbrechte zu handeln iſt). Doch wird, wenn das Eigenthum der legirten Sache vom Teſtator unmittelbar auf den Legatar übergehen ſoll, vorausgeſetzt, daß dieſe Sache in ihrer Individualität beſtimmt ſey (species), und dem Teſtator eigenthümlich angehörte; denn ſonſt kann der Legatar das Eigenthum an der ihm vermachten Sache erſt durch Uebergabe von Seiten des Onerirten erlangen [c]), oder es kann auch die pro legato usucapio nöthig werden, wenn ihm eine fremde Sache als Legat übergeben worden iſt [d]). — Außerdem kommen im neuern Röm. Rechte auch noch mehrere andere Fälle eines geſetzlichen Uebergangs des Eigenthums (ſog. transitus dominii legalis) vor, z. B. bey dem, was den Kindern erſter Ehe durch Eingehung

einer zweiten Ehe von Seiten ihres Adscendenten zufällt [c]), ingleichen wenn der, welcher seine eigene, im Besitz eines Andern befindliche Sache diesem gewaltsam entzieht, sein Eigenthum daran zum Besten des Andern verliert (§. 100. Note h)).

a) Ulp. XIX. §. 2. u. 17. Eine andere Deutung giebt dem Ausdruck Ulpian's: *lege* acquiritur, Hugo in der Rechtsgesch. S. 229. fgg. S. dagegen des Verfassers Bemerkungen ꝛc. S. 76. fgg.

b) Ulp. XIX. §. 17.

c) l. 71. pr. D. de legat. I. (XXX.) u. l. 80. D. de legat. II. (XXXI.)

d) l. 4—6. D. pro legato (XLI. 8.)

e) l. 3. pr. u. l. 5. C. de secund. nupt. (V. 9.) u. Nov. 22. c. 23—25.

§. 172.

Eigenthumserwerb durch andere Personen.

Tit. I. per quas personas nobis acquiritur. (II. 9.)

Nicht blos in eigner Person, sondern auch durch Andere kann man Eigenthum erwerben, und zwar: 1) Durch eigene Sclaven, als durch welche man, wenn man sie im vollen, d. h. nicht durch das Nießbrauchsrecht eines Andern beschränkten Eigenthume hat, Alles, was ihnen aus irgend einem Grunde zufällt, erwirbt, und in der Regel sogar ohne sein Wissen und Willen, da ein Sclave nichts Eigenes haben kann, sofern ihm nicht sein Herr freywillig Etwas überläßt [a]). Wenn nun im Vorjustinianischen Rechte das Eigenthum eines Sclaven zwischen mehrern Herrn dergestalt getheilt war, daß der Eine das Quiritarische, und ein Anderer das bonitarische Eigenthum an demselben hatte (§. 146. Note t) u. u)), so erwarb nur der Letztere Alles durch den Sclaven [b]). 2) Durch fremde Sclaven, an denen man den Nießbrauch hat [c]). Doch erwirbt durch diese der Usufructuar nur aus zwey Ursachen, nämlich aus der Arbeit derselben, und wenn er aus eignen Mitteln ihnen Etwas zum Erwerbe gegeben hat, während dagegen alles Uebrige, was außer diesen beyden Fällen dergleichen Sclaven erwerben, ihrem Eigenthumsherrn anheimfällt [d]). 3) Durch solche, welche man bona fide als seine Sclaven besitzt, es mö-

gen nun freye Menſchen, oder fremde Sclaven ſeyn [e]). Doch erwirbt der bonae fidei possessor auch nur aus den beyden, unter Nr. 2. bey'm Uſufructuar angegebenen Urſachen, indem alles Uebrige, was vom vermeintlichen Sclaven erworben wird, entweder ihm ſelbſt anheimfällt, wenn er ein freyer Menſch iſt, oder ſeinem Herrn, wenn er wirklich der Sclave eines Andern iſt, und der bonae fidei possessor ihn noch nicht durch Erſitzung in ſein Eigenthum gebracht hat [f]). 4) Durch Kinder, welche man in der väterlichen Gewalt hat. Nach dem ältern Recht erwarb der Vater in der Regel an Allem, was ſeine Hauskinder auf irgend eine Weiſe erlangten, das Eigenthum, da die Letztern kein eigenes Vermögen haben konnten [g]). Dieſes Princip wurde nun zwar im Fortgange der Zeit ſehr modificirt (§. 94. Note c)); doch kann auch im neueſten Röm. Rechte noch der Vater durch die ſeiner Gewalt unterworfenen Kinder Eigenthum erwerben, theils wenn er ihnen ſelbſt Etwas zum Erwerbe giebt, theils wenn ſie auf ſeinen Befehl oder ſonſt für ihn Rechtsgeſchäfte abſchließen, oder überhaupt juriſtiſche Handlungen vornehmen [h]). 5) Nach dem ältern Rechte auch durch diejenigen, welche man in der manus oder dem mancipium hatte [i]). 6) Auch durch freye Stellvertreter oder Bevollmächtigte kann man, obſchon nicht nach dem ältern Rechte [k]), doch nach dem neuern, Beſitz und eben dadurch auch Eigenthum erwerben [l]). Dagegen iſt durch andere freye Menſchen, mit denen man in keinem Rechtsverhältniſſe ſteht, auch nach dem neueſten Röm. Recht der Eigenthumserwerb unmöglich [m]).

a) Gaj. II. §. 86. u. 87. Ulp. XIX. §. 18. u. 19. pr. u. §. 3. I. h. t. l. 10. pr. — §. 2. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.)

b) Gaj. II. §. 88. u. Ulp. XIX. §. 20. Vgl. auch §. 146. Note o).

c) Vgl. Otto Goeschen Dissert. Per eum hominem, qui serviat, quemadmodum nobis acquiratur. Gotting. 1832.

d) Gaj. II. §. 91. Ulp. XIX. §. 21. in f. §. 4. I. h. t. l. 10. §. 3. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) — Ueber die Frage, ob der Uſufructuar durch den in ſeinem Nießbrauch befindlichen Sclaven Etwas beſitzen und uſucapiren könne? ſ. §. 139. Note h).

e) Vgl. Goeschen in der angef. Abhandl.

f) Gaj. II. §. 92. u. 93. Ulp. XIX. §. 21. §. 4. I. h. t. u. l. 10. §. 4. u. 5. D. de acquir. rer. dom.

g) Gaj. II. §. 86. 87. u. 89. u. §. 1. I. h. t.

h) pr. u. §. 1. I. h. t. u. pr. I. per quas pers. nob. obligat. acquir. (III. 28.) l. 53. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) l. 38. §. 17. D. de verb. obligat. (XLV. 1.)

i) Gaj. II. §. 86. u. 90. Ulp. XIX. §. 18.

k) Gaj. II. §. 95. Doch konnten Tutoren und Curatoren wohl schon nach dem ältern Röm. Rechte eben so, wie nach dem neuern, für ihre Pflegbefohlnen Eigenthum erwerben. l. 13. §. 1. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.)

l) l. 13. pr. u. l. 20. §. 2. D. eod. u. §. 5. I. h. t. Vgl. auch §. 94. Note e) u. §. 139. Note i).

m) §. 5. I. h. t. „. . . . hoc est, quod dicitur, *per extraneam personam nihil acquiri posse*. . . .“ l. 1. C. per quas pers. nob. acquir. (IV. 27.)

§. 173.

Vom Verluſt des Eigenthums.

Das Eigenthum kann entweder mit dem Willen des Eigenthümers, oder ohne deſſen Willen aufhören. Erſteres iſt der Fall, theils wenn der Eigenthümer ſeine Sache derelinquirt, d. h. das Eigenthum daran aufgiebt, ohne es jedoch auf einen Andern zu übertragen [a]), theils wenn er es an einen Andern veräußert [b]), theils auch wenn er ſeine Sache dem Verkehr entzieht, z. B. durch Einlegung eines Leichnams an einen ihm zugehörigen Ort [c]). Ohne den Willen des Eigenthümers aber geht das Eigenthum in folgenden Fällen verloren: 1) Wenn die Sache zu Grunde geht, oder durch Naturereigniſſe dem Privateigenthum entzogen wird [d]). 2) Wenn der vorige Eigenthümer von ſeinem Recht, die Sache dem gegenwärtigen Eigenthümer wieder abzufordern, Gebrauch macht, ſey es, daß das Eigenthum gleich Anfangs nur als widerrufliches erworben war, und nun der Endtermin oder die Reſolutivbedingung eingetreten iſt (§. 97. Note h)) [e]), oder daß ſonſt aus einem beſondern Grunde die Reſciſſion des Veräußerungsgeſchäfts verlangt werden kann (§. 97. Note n) u. u)). 3) Wenn dem Eigenthümer ſeine Sache in Folge unerlaubter Handlungen zur Strafe, oder auch durch obrigkeitliche Verfügung entzogen wird (§. 97. Note r) u. s)). 4) Wenn er eine ſolche capitis de-

minutio leidet, mit welcher der Uebergang ſeiner Eigenthumsrechte auf Andere verbunden iſt [f]). 5) Wenn die Sache von einem Andern, der aus einem beſondern Grunde zu ihrer Veräußerung berechtigt iſt, z. B. vom Pfandgläubiger, wider den Willen des Eigenthümers veräußert wird [g]), und überhaupt, ſo oft ein Anderer das Eigenthum, ohne Rückſicht auf den Willen des bisherigen Eigenthümers, erwirbt, ſey es unmittelbar nach geſetzlicher Vorſchrift (§. 171. Note e)), oder vermöge einer zum Eigenthumserwerb geeigneten Thatſache, z. B. durch feindliche Occupation (§. 156. Note cc)), durch die ſog. adjunctio (§. 158.) durch die ſog. specificatio (§. 159.), durch Erſitzung (§. 163.). 6) Wenn erbeutete Sachen aus den Händen des Feindes wieder befreit werden (§. 97. Note x)). 7) Wenn wilde Thiere, die man occupirt hatte, ſich in die natürliche Freyheit zurückbegeben, und gezähmte die Gewohnheit des Heimkehrens ablegen [h]). — Dagegen erliſcht mit dem Tode des Eigenthümers das Eigenthumsrecht nicht, ſondern geht auf deſſen Erben über [i]).

a) §. 47. I. de rer. divis. (II. 1.), u. l. 2. §. 1. D. pro derelicto (XLI. 7.)

b) l. 31. pr. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) l. 20. C. de pact. (II. 3.)

c) §. 9. I. de rer. divis. (II. 1.) l. 30. §. 1. D. de acquir. possess. (XLI. 2.)

d) §. 16. I. de legat. (II. 20.) l. 23. D. quib. mod. ususfr. amitt. (VII. 4.) l. 1. §. 7. in f. D. de flumin. (XLIII. 12.)

e) Ueber einen beſondern Fall des auf widerrufliche Art erworbenen Eigenthums ſ. §. 161. Note i) u. k).

f) Gaj. III. §. 83. §. 1. I. de acquisit. per arrogat. (III. 10. od. 11.), u. §. 1. I. de success. sublat. (III. 12. od. 13.) l. 1. pr. D. de bonis damnat. (XLVIII. 20.) l. 2. 3. u. 5. C. de sentent. pass. (IX. 51.)

g) Gaj. II. §. 64. u. §. 1. I. quib. alienare lic. (II. 8.)

h) §. 12. u. 15. I. de rer. divis. (II. 1.) l. 3. §. 2. l. 4. l. 5. pr. §. 4. u. 5. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) In dieſem Falle geht mit dem Verluſt des Beſitzes zugleich auch das Eigenthum verloren; was zwar auch in einigen andern Fällen vorkommt, in der Regel aber nicht Statt findet. Vgl. Zuſatz 1. zum §. 141.

i) l. 37. D. de acquir. hered. (XXIX. 2.)

Zuſatz 1. In Anſehung der Frage, ob der vorige Eigenthümer, wenn er durch den Eintritt des dem Veräußerungsgeſchäfte beygefügten Endter-

mins oder der Reſolutivbedingung zur Zurückforderung der Sache berechtigt wird, zu dieſem Behuf blos eine perſönliche Klage gegen den Empfänger, oder eine dingliche Klage gegen jeden dritten Beſitzer der Sache habe? kommt es wohl zunächſt auf die, im Zweifel nach der Natur des Veräußerungsgeſchäfts zu beurtheilende, Abſicht der Intereſſenten an. War dieſe nämlich darauf gerichtet, daß mit dem Eintritt des Endtermines oder der Reſolutivbedingung der Rückfall des Eigenthums an den Veräußerer von ſelbſt erfolgen ſolle, ſo kommt ihm alsdann die Vindication der Sache zu, l. 41. pr. D. de rei vindic. (VI. 1.), l. 13. pr. D. de pignor. act. (XIII. 7.) l. 8. D. de lege commiss. (XVIII. 3.), l. 29. u. 30. D. de mort. caus. donat. (XXXIX. 6.) l. 4. C. de pact. inter emt. et vend. (IV. 54.), während er dagegen, wenn die Abſicht der Intereſſenten nur dahin ging, daß der Empfänger der Sache zur dereinſtigen Zurückübertragung derſelben verpflichtet ſeyn ſollte, blos eine perſönliche Klage gegen denſelben hat, l. 3. C. eod. l. 6. §. 1. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 16. D. de in diem addict. (XVIII. 2.) l. 4. pr. D. de lege commiss. l. 12. D. de praescript. verb. (XIX. 5.) l. 6. D. de rescind. vendit. (XVIII. 5.), ſo wie in der Regel auch dann, wenn ſonſt aus einem beſondern Grunde die Reſciſſion des Veräußerungsgeſchäfts verlangt werden kann. l. 2. u. 10. C. de rescind. vend. (IV. 44.) l. 8. u. 10. C. de revoc. donat. (VIII. 56.) Vgl. Zimmern im Archiv f. d. Civil. Prax. B. 5. Nr. 9. Andere Anſichten hat Rieſſer in der Zeitſch. für Civilr. und Proz. B. 2. Nr. 1. u. 8. S. dagegen Fritz Erläut. zu Wening-Ing. H. 2. S. 254. fgg. Uebrigens erlöſchen in Fällen der erſtern Art mit dem Widerruf des Eigenthums zugleich auch die vom bisherigen Eigenthümer während der Dauer ſeines Eigenthums einem Andern an der Sache eingeräumten Rechte, l. 11. §. 1. D. quemadm. servit. amitt. (VIII. 6.) l. 105. D. de condit. et demonstr. (XXXV. 1.) l. 4. §. 3. D. de in diem. addict. l. 31. D. de pignor. (XX. 1.) u. l. 3. D. quib. mod. pign. solv. (XX. 6.), (§. 97. Note l)) wogegen ſie in Fällen der letztern Art beſtehen bleiben, arg. l. 3. in f. D. cit. u. l. 43. §. 8. D. de aedil. edict. (XXI. 1.) Dieſe doppelte Art der Widerruflichkeit oder Auflöſung des Eigenthums pflegen die Neuern durch die Ausdrücke: *ex tunc* und *ex nunc*, zu unterſcheiden.

Zuſatz 2. Außer den allgemeinen Verluſtgründen des Eigenthums giebt es in Bezug auf Sclaven auch noch einige beſondere, welche eben ſo, wie die beſondern Erwerbungsarten des diesfallſigen Eigenthums, in der Lehre von der Gewalt der Herrn über Sclaven zu erörtern ſind.

Drittes Capitel.

Von den aus dem wahren oder vermeintlichen Eigenthumsrechte entspringenden Klagen.

§. 174.

Uebersicht der hierher gehörigen Klagen.

Die civilrechtliche Eigenthumsklage, wodurch man seine Sache bey jedem Besitzer derselben in Anspruch nehmen und ihm abfordern kann, ist die *rei vindicatio* oder *vindicatio* schlechthin (§. 175.), welche, als die wichtigste dingliche Klage, oft auch vorzugsweise in rem actio heißt [a]). Ihr nachgebildet ist die aus dem prätorischen Rechte abstammende, und nach einem Prätor **Publicius** (im 6ten Jahrhundert Roms) benannte **Publiciana** *actio*, oder **Public.** *in rem actio*, welche dem blos vermeintlichen Eigenthümer zukommt, d. h. demjenigen, welcher eine Sache bona fide, und aus einem rechtmäßigen, zum Eigenthumserwerb geeigneten Grunde bekommen, jedoch dadurch das Eigenthum selbst noch nicht erworben, und nun vor vollendeter Ersitzung ihren Besitz wiederum verloren hat (§. 176.) [b]). Welche Klage aber im ältern Recht, solange noch der Unterschied zwischen dem Quiritarischen und dem bonitarischen Eigenthume bestand, zum Schutz des Letztern Statt gefunden habe, ist zweifelhaft und bestritten. Die gewöhnliche Meinung bezieht auch hierauf die **Publiciana actio** [c]); nach einer andern Meinung aber soll die *petitoria formula* [d]) die hierher gehörige Klage gewesen seyn [e]), und eine dritte Meinung, welche das Meiste für sich zu haben scheint, nimmt an, daß man die civilrechtliche Eigenthumsklage utiliter, d. h. mittelst einer Fiction (jedoch verschieden von der der **Publiciana actio** zum Grunde liegenden §. 176. Note c), auf das bonitarische Eigenthum angewendet habe [f]). — Außerdem gehört zu den aus dem Eigenthumsrechte entspringenden Klagen auch die (in der Lehre von den Servituten wieder zu erwähnende) *negatoria* oder *negativa actio*, welche auf der natürlichen Freyheit des Eigenthums beruhend, gegen Anmaßungen einer Servitut, oder gegen servitutähnliche Beschränkungen des Eigenthums gerichtet

ist [g]). — Uebrigens kann der Eigenthümer zum Schutz seines Eigenthumsbesitzes sich auch der possessorischen Interdicte bedienen [h]).

a) Z. B. in d. l. 23. pr. l. 39. §. 1. l. 41. l. 52. u. 80. D. de rei vindic. (VI. 1.) Auch wird sie, im Gegensatz der hereditatis petitio, *specialis* in rem actio oder actio singularum rerum petitionis genannt. l. 1. pr. u. §. 1. u. l. 27. §. 3. D. eod.

b) Gaj. IV. §. 36. „. . . . Datur autem haec actio ei, qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque amissa possessione petit. . . .“ §. 4. I. de action. (IV. 6.) l. 1. pr. l. 3. §. 1. l. 7. §. 11. u. l. 13. §. 1. D. de Public. in rem act. (VI. 2.) — Ueber eine andere, von demselben Prätor herrührende Publiciana actio s. §. 131. Note e — g.

c) Diese Meinung hat neuerlich an Zimmern im Rhein. Mus. J. 3. H. 3. S. 330. fgg. wiederum einen Vertheidiger gefunden. S. dagegen Unterholzner ebendas. B. 5. H. 1. S. 15. fgg. und Mayer in d. Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. B. 8. H. 1. S. 21. fgg.

d) Gaj. IV. §. 92. „*Petitoria . . . . formula* haec est, qua actor intendit, rem suam esse.

e) Ueber die Anhänger dieser Meinung s. Zimmern a. a. O. S. 333. Note 59. Hinzuzufügen ist noch Mayer a. a. O. S. 16. fgg. — Es ist aber gegen diese Meinung zu erinnern, nicht nur daß auch bey'm Quiritarischen Eigenthum die petitoria formula Anwendung fand, Cic. in *Verr.* II. 12. Gaj. IV. §. 41. in f., sondern auch daß dieser Ausdruck nicht sowohl eine besondere Klage, als vielmehr nur die Proceßform, in welcher eine dingliche Klage geltend gemacht wurde, im Gegensatz des *per sponsionem* agere, bezeichnete. Gaj. IV. §. 91 — 94. Vgl. auch Unterh. im Rhein. Mus. J. 1. S. 138. Note 10. und B. 5. S. 14. u. Zimmern a. a. O. S. 333. fgg.

f) Unterholzner a. a. O. J. 1. S. 139. u. 141. u. B. 5. S. 17. fgg.

g) §. 2. I. de action. (IV. 6.) l. 2. pr. l. 13. l. 14. §. 1. u. l. 17. pr. D. si serv. vindic. (VIII. 5.) l. 6. §. 2. D. arb. furt. caes. (XLVII. 7.)

h) l. 24. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 12. §. 1. D. de acquir. possess. (XLI. 2.)

Erinnerung. Von der aus dem Miteigenthum entspringenden communi dividundo actio ist bey Gelegenheit der sog. communio incidens im Obligationenrechte zu handeln.

§. 175.

Rei vindicatio.

Die Titel: de rei vindicatione, in d. Greg. Cod. (III. 2.) Th. C. (II. 23.) Dig. (VI. 1.) u. J. C. (III. 32.)

Rei vindicatio heißt diejenige dingliche Klage, wodurch der Kläger das Eigenthum der in Frage stehenden Sache behauptet, und ihre Herausgabe nebst Zubehör vom Besitzer derselben fordert [a]). Die nähern Bestimmungen hierüber sind hauptsächlich folgende: 1) Diese Klage kommt nur dem wahren Eigenthümer zu [b]), und zwar in der Regel nur dann, wenn er sich nicht schon im Besitz der Sache befindet [c]), gleichviel übrigens, ob er das volle Eigenthum oder die bloße Proprietät (§. 147.) hat [d]), und ob sein Eigenthum ein unwiderrufliches oder ein widerrufliches ist, sofern dieses nur noch besteht [e]). Daß nun der Kläger sein Eigenthum an der Sache, wenn es vom Beklagten geleugnet wird, beweisen müsse, folgt schon aus den allgemeinen Regeln über den Beweis [f]). 2) Sie findet gegen Jeden Statt, welcher die in Frage stehende Sache besitzt, und das Eigenthum daran dem Kläger streitig macht [g]), und zwar nicht blos gegen den wahren Besitzer, sondern auch gegen den sog. fictus possessor (§. 136. Nr. 3.), also sowohl gegen den, qui dolo desiit possidere [h]), als auch gegen den, qui liti se obtulit [i]). Es wird jedoch ein solcher fingirter Besitzer von der Verbindlichkeit, dem Kläger den Werth des streitigen Gegenstandes und das Interesse (litis aestimatio) zu leisten, alsdann frey, wenn, ehe er noch in Anspruch genommen wurde, der Eigenthümer sich an den wirklichen Besitzer hielt; obgleich dieß umgekehrt zum Besten des Letztern nicht gilt [k]). Wer aber nur in fremdem Namen besitzt, kann sich dadurch von der wider ihn angestellten Klage befreyen, daß er sofort denjenigen, in dessen Namen er besitzt, nennt (dominum nominare, bey den Neuern nominatio auctoris oder laudatio domini) [l]). Wenn übrigens der Beklagte den Besitz der Sache ganz oder theilweise ableugnet, und vom Kläger des Gegentheils überführt wird, oder auch auf die wegen des Besitzes an ihn gerichtete Frage sich gar nicht erklärt, so wird der Besitz der Sache auf den Kläger, obschon dieser sein Eigenthum

noch nicht bewiesen hat, sofort übertragen[m]). 3) Der Gegenstand dieser Klage kann nicht blos eine einzelne körperliche Sache seyn, gleichviel ob eine bewegliche oder unbewegliche, lebendige oder leblose[n]), sondern auch eine Gesammtheit von körperlichen Sachen derselben Art, z. B. eine Viehheerde[o]), nicht aber auch ein ganzes, aus Sachen verschiedener Art bestehendes Vermögen, z. B. ein peculium[p]). 4) Der Zweck derselben geht dahin, daß der Kläger als Eigenthümer der Sache anerkannt, und demgemäß ihm diese Sache mit allem Zubehör (causa rei, §. 64. Note d) u. e)) vom Beklagten herausgegeben werde[q]). Was nun unter dem Zubehör insbesondere die Früchte anlangt, so ist der malae fidei possessor nicht allein alle wirklich gezogenen Früchte, sondern auch die, welche er hätte ziehen können, aber vernachlässigt hat (sog. fructus percipiendi), dem Kläger herauszugeben oder zu vergüten verpflichtet, während dagegen der bonae fidei possessor zwar alle bey ihm noch vorhandenen Früchte herausgeben muß, die bereits consumirten aber eben so wenig zu vergüten braucht, als die, welche er nicht gezogen hat[r]). Doch gilt dieß vom Letztern nur bis auf die Zeit, wo er von der wider ihn angestellten Klage in Kenntniß gesetzt worden ist. Denn von da an wird er wie ein malae fidei possessor angesehen[s]), und ist mithin auch für alle Früchte verantwortlich[t]). — Wenn übrigens der Beklagte Gegenforderungen an den Kläger in Bezug auf die streitige Sache hat, so kann er so lange bis er deßhalb befriedigt ist, das Retentionsrecht an der Sache mittelst der doli exceptio (§. 95. Nr. 3.) ausüben[u]). Dergleichen Gegenforderungen können besonders aus der Verwendung von Kosten auf die Sache herrühren. Nämlich die *necessariae* impensae sind jedem Besitzer, mit Ausnahme des Diebes[v]), wieder zu erstatten[x]), die *utiles* jedoch nur dem bonae fidei possessor, und auch nur dann, wenn sie den Betrag der von ihm gewonnenen Früchte, als welche mit den Kosten zu compensiren sind, übersteigen[y]), und ihre Wiedererstattung dem Eigenthümer nicht allzu beschwerlich fällt; denn im letztern Falle würde der bonae fidei possessor ebenso, wie der malae fidei possessor in jedem Falle, nur berechtiget seyn, die von ihm angebrachten Meliorationen wegzunehmen, sofern dieß unbeschadet der Haupt-

ſache geſchehen kann[z]): und bey den *voluptariae* impensae tritt überall, ohne Unterſchied zwiſchen dem bonae und malae possessor, nur das Recht der Wegnahme ein[aa]); doch darf auch dieſes nicht ausgeübt werden, wenn der Eigenthümer bereit iſt, Erſatz dafür zu leiſten[bb]). Was aber den Preis betrifft, wofür der Beklagte die Sache erworben hat, ſo kann er ihn vom Kläger in der Regel nicht vergütet verlangen[cc]), ſondern nur an den, von welchem er die Sache bekommen hat, ſeinen Regreß nehmen[dd]).

a) Gaj. IV. §. 3. u. 5. — §. 1. in f. u. §. 15. I. de action. (IV. 6.) §. 2. I. de offic. jud. (IV. 17.) l. 25. pr. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.)

b) l. 23. pr. D. h. t. „In rem actio competit ei, qui aut jure gentium, aut jure civili dominium acquisivit.“ S. jedoch l. 72. D. h. t. u. l. 15. C. h. t.

c) §. 2. in f. I. de action. (IV. 6.) Ueber den in dieſer Stelle berührten einzigen Ausnahmefall der angegebenen Regel (ſog. unus casus Institutionum) ſ. §. 104. Note i).

d) l. 33. in f. D. h. t.

e) l. 41. pr. u. l. 66. D. h. t.

f) l. 2. u. l. 21. in f. D. de probat. (XXII. 3.) l. 2. u. 18. C. eod. (IV. 19.) l. 28. C. h. t. Vgl. auch l. 20. pr. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) u. l. 54. D. de regul. jur. (L. 17.)

g) l. 9. u. l. 36. pr. D. h. t. §. 1. in f. I. de action. (IV. 6.) l. 25. pr. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) l. un. C. de alienat. judic. mut. caus. fact. (II. 55.) u. l. 1. C. ubi in rem act. (III. 19.)

h) l. 27. §. 3. D. h. t. l. 131. u. 157. §. 1. D. de regul. jur. (L. 17.)

i) l. 25. u. l. 27. pr. D. h. t.

k) l. 7. D. h. t. l. 13. §. 14. D. de hered. petit. (V. 3.) l. 95. §. 9. D. de solut. (XLVI. 3.)

l) l. 2. C. ubi in rem act. (III. 19.), welche Stelle ſich jedoch nur auf unbewegliche Sachen bezieht. — Wenn nun in einem ſolchen Falle der, in deſſen Namen der Beſitz von einem Andern ausgeübt wurde, belangt wird, und der geſchehenen Vorladung ungeachtet, vor Gericht nicht erſcheint, ſo wird der Kläger in den Beſitz der Sache eingewieſen, jedoch dem Abweſenden die Ausführung ſeines Rechts an der Sache vorbehalten. l. 2. C. cit.

m) l. 80. D. h. t. u. l. 20. §. 1. D. de interrog. in jure fac. (XI. 1.) Dieſe Fälle rechnet Rudorff in der Zeitſch. für geſchichtl. Rechtsw. B. 9.

S. 28, fgg. u. 47. zu denen, wo ehedem durch das reſtitutoriſche Interdict *Quem fundum* der Beſitz der ſtreitigen Sache auf den Kläger transferirt worden ſey. — Ueber einen andern Fall, wo der Beklagte zur Strafe ſeines Leugnens den Beſitz an den Kläger verlieren ſoll, ſ. Nov. 18. c. 10.

n) l. 1. §. 1. D. h. t.

o) l. 1. §. 3. D. h. t. l. 2. u. l. 3. pr. D. h. t.

p) l. 56. D. h. t.

q) Gaj. IV. §. 3. — §. 1. in f. I. de action. (IV. 6.) §. 2. I. de offic. jud. (IV. 17.) l. 17. §. 1. u. l. 20. D. h. t.

r) §. 35. I. de rer. divis. (II. 1.) §. 2. I. de offic. jud. (IV. 17.) l. 33. u. l. 62. §. 1. D. h. t. u. l. 22. C. h. t. Vgl. auch §. 161. Nr. 2. u. 3.

s) l. 20. §. 11. u. l. 25. §. 7. D. de hered. pet. (V. 3.) l. 45. D. h. t.

t) §. 2. in f. I. de offic. jud. (IV. 17.) l. 22. C. h. t. l. 2. C. de fruct. et lit. exp. (VII. 51.)

u) l. 14. §. 1. D. commun. divid. (X. 3.) l. 33. D. de condict. indeb. (XII. 6.) l. 14. D. de doli mal. except. (XLIV. 4.)

v) l. 13. D. de condict. furt. (XIII. 1.) l. 1. C. de infant. expos. (VIII. 52.)

x) l. 5. C. h. t.

y) §. 30. I. de rer. divis. (II. 1.) l. 48. u. l. 65. pr. D. h. t.

z) l. 27. §. 5. u. l. 38. D. h. t. — In Betreff des malae fidei possessor ſ. §. 30. in f. I. de rer. divis. (II. 1.) l. 37. D. h. t. u. l. 5. in f. C. h. t. — Doch glaubt Cujacius Observ. X. 1., daß hierin zwiſchen dem bonae fidei und dem malae fidei possessor gar kein Unterſchied ſey.

aa) l. 32. §. 5. D. de administ. tut. (XXVI. 7.) u. arg. l. 3. §. 4. D. de in rem verso (XV. 3.) l. 9. D. de impens. in res dot. fact. (XXV. 1.) u. l. un. §. 5. in f. C. de rei uxor. act. (V. 13.)

bb) l. 38. D. h. t. „. . . . Constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas; neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias. . . .“

cc) l. 3. u. 23. C. h. t. l. 2. C. de furt. (VI. 2.) Doch leidet dieſe Regel auch manche Ausnahmen. S. z. B. l. 14. u. 16. C. de praed. minor. (V. 71.) — l. 6. D. de captiv. (XLIX. 15.)

dd) l. 16. C. de evict. (VIII. 45.) l. 1. C. ubi in rem act. (III. 19.)

Zuſatz 1. Im älteſten Rechte fand bey'm Anfang des Vindicationsproceſſes, und als Einleitung dazu, unter den ſtreitenden Partheyen ein ſymboliſcher Kampf in Bezug auf die Sache Statt, deſſen nähere Be-

schreibung jedoch der Erörterung des ältesten Proceßverfahrens (im letzten Buche) vorbehalten bleiben muß.

Zusatz 2. In manchen Rechtsverhältnissen, wo die eigentliche oder directe **rei vindicatio** nicht Platz ergreift, findet doch eine ***utilis* in rem actio** oder **vindicatio** Statt, namentlich in einigen Fällen der sog. **adjunctio** (§. 158. Note p) u. q)), ferner bey der **emphyteusis** und der **superficies** (s. den dritten und vierten Abschnitt dieses Buchs), desgleichen in manchen Fällen, wo Jemand, für dessen Geld ein Anderer sich in eignem Namen Etwas angeschafft hat, gegen die sonstige Regel, nach welcher er blos ein Forderungsrecht an den Andern, nicht aber einen Eigenthumsanspruch haben würde (l. 6. C. h. t.), doch aus besonderer Begünstigung sich unmittelbar an die Sache selbst halten kann. S. hierüber l. 2. D. quando ex fact. tutor. (XXVI. 9.) l. 55. in f. D. de donat. inter vir. et uxor. (XXIV. 1.) l. 54. D. de jure dot. (XXIII. 3.) vergl. mit l. 22. in f. D. solut. matrim. (XXIV. 3.) — l. 8. C. h. t.

Zusatz 3. Wenn Jemand eine Sache, wegen der er in Anspruch genommen zu werden fürchtet, in der Absicht arglistig veräußert, um dem künftigen Kläger einen beschwerlichern Gegner zuzuziehen (**alienatio judicii mutandi causa facta**), so kommt dem dadurch Benachtheiligten gegen den Veräußerer eine auf einer **in integrum restitutio** beruhende **in factum actio** auf Leistung des Interesse zu. l. 1. pr. l. 3. §. 4. l. 4. pr. §. 3. u. 5. u. l. 8. §. 1. D. de alienat. judic. mut. caus. fact. (IV. 7.) l. un. C. eod. (II. 55.) (Vgl. auch §. 124. Note h) u. s)). Doch fällt diese Klage weg, wenn der Veräußerer entweder die veräußerte Sache wieder bekommt, l. 8. §. 4. D. eod., oder bereit ist, der Eigenthumsklage, gleich als ob er noch im Besitz der Sache wäre, sich zu unterwerfen. l. 3. §. 5. D. eod. Ist die **alienatio judicii mutandi causa** zum Nachtheil dessen, der verklagt werden soll, geschehen, um nämlich diesem einen beschwerlichern Gegner zuzuziehen, so kann nicht der neue Erwerber der Sache, sondern es muß vielmehr der vorige Eigenthümer als Kläger auftreten. l. 11. D. eod. Vgl. übrigens Mühlenbruch's Cession der Forderungsr. S. 350 — 352. u. S. 358. fgg.

§. 176.

Publiciana in rem actio[a]).

Tit. D. de Publiciana in rem actione. (VI. 2.)

Die **Publiciana actio** kommt nach ihrer ursprünglichen Bestimmung demjenigen zu Statten, welcher aus einem rechtmäßigen, auf Eigenthumsübertragung gerichteten Grunde eine

Sache vom Nichteigenthümer, oder von einem dispositionsunfähigen Eigenthümer bona fide übertragen bekommen, aber vor vollendeter Usucapion ihren Besitz verloren hat [b]), und beruht auf der Fiction, daß die vom Kläger erst angefangene Usucapion der Sache bereits vollendet sey [c]). In Folge späterer Erweiterungen aber kann sie auch von demjenigen, der auf andere Art, als durch Tradition, aus einem zum Eigenthumserwerb geeignetem Grunde eine Sache erlangt hat, und wieder aus ihrem Besitz gekommen ist, zur Verfolgung derselben gebraucht werden [d]); ja sie findet sogar, unter der Voraussetzung der bona fides und eines rechtmäßigen Erwerbsgrundes, Ausnahmsweise [e]) bisweilen auch ohne vorausgegangenen Besitz Statt [f]), so wie auch bey manchen der Usucapion unfähigen Sachen [g]), nicht aber auch bey solchen, deren Veräußerung gesetzlich verboten ist [h]). Regelmäßig ist sie nur gegen einen solchen Besitzer wirksam, welcher nicht ein gleiches oder gar besseres Recht an der Sache hat, als der Kläger [i]). Der wahre Eigenthümer der Sache kann, wenn er durch die **Publiciana actio** belangt wird, sich mit der **exceptio justi dominii** dagegen schützen [k]); doch kann in manchen Fällen diese exceptio durch eine replicatio entkräftet, und sonach auch gegen den wahren Eigenthümer jene Klage bisweilen mit Erfolg gebraucht werden [l]). Der Zweck derselben ist auf Herausgabe der Sache mit allem Zubehör gerichtet, und überhaupt verhält sich, die angegebenen Verschiedenheiten abgerechnet, bey der **Publiciana actio** Alles so, wie bey der **rei vindicatio** [m]).

a) Ueber die hierher gehörige Literatur s. Mackeldey's Lehrb. ꝛc. §. 270. Note a).

b) l. 1. pr. D. h. t. „Ait Praetor: *Si quis id, quod traditur ex justa causa non a domino, et nondum usucaptum petet, judicium dabo.*“ Sowohl über die Aechtheit, als über den eigentlichen Sinn dieser Worte (der natürlich verschieden ausfallen muß, je nachdem man das Comma hinter *traditur* oder *causa*, oder hinter *domino* setzt,) sind die Ansichten verschieden. Vgl. z. B. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 8. S. 315. fgg., Zimmern im Rhein. Mus. J. 3. S. 339. fgg., Unterholzner ebendas. B. 5. S. 15. u. Mayer in der Zeitsch. für geschichtl. Rechtsw. B. 8. S. 21. fgg. Nach der l. 7. §. 11. D. h. t. „Praetor ait: *qui bona fide emit;*“ scheint allerdings in dem die Publicianische Klage betreffenden Edict zunächst nur der bonae fidei emtor berücksich-

tigt gewesen zu seyn, was auch durch die l. 8. u. l. 17. D. h. t., so wie durch die bey Gaj. IV. §. 36. vorkommende Klagformel wahrscheinlich wird, (vgl. Mayer a. a. O. S. 24. fgg.) während dagegen die in der l. 1. pr. D. h. t. angeführten Worte des Edicts von weiterm Umfange sind. — Des Kaufs von einem Nichteigenthümer wird speciell z. B. in der l. 7. §. 11. u. l. 9. §. 4. D. h. t., und des Kaufs von einem dispositionsunfähigen Eigenthümer in der l. 7. §. 2. u. 4. D. eod. gedacht. (Nicht übereinstimmend mit der l. 7. §. 2. cit. ist l. 2. §. 16. D. pro emtor. [XLI. 4.]) — Es ist aber in der Person des Käufers zur Anstellung der Publicianischen Klage erforderlich, daß er nicht nur im Moment der Uebergabe der Sache, sondern auch schon zur Zeit der Abschließung des Kaufcontracts in redlicher Meinung (bona fides) gewesen sey, l. 7. §. 11. 14. u. 17. D. h. t. nicht aber auch, daß er den Kaufpreis bereits bezahlt habe. l. 8. D. h. t. Bey dem Erben ist die Befähigung zur Anstellung dieser Klage durch die bona fides des Erblassers bedingt, ohne daß auf seine eigne Ueberzeugung weiter Etwas ankommt. l. 7. §. 12. D. h. t.

c) Gaj. IV. §. 36. u. §. 3. u. 4. I. de action. (IV. 6.) Durch diese Fiction hat die Publicianische Klage den Charakter einer Eigenthumsklage erhalten. l. 7. §. 6. D. h. t. „Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit.“

d) l. 1. §. 2. l. 6. l. 7. pr. u. l. 13. pr. D. h. t. „Quaecunque sunt justae causae acquirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio.“ l. 13. §. 1. D. eod. l. 18. §. 15. D. de damno infect. (XXXIX. 2.)

e) Denn über die Regel s. l. 7. §. 16. u. l. 9. §. 5. D. h. t.

f) l. 1. §. 2. in f. l. 11. §. 2. l. 12. §. 1. u. l. 15. D. h. t.

g) l. 12. §. 2. u. 3. D. h. t. Auch bey Servituten kommt die Publicianische Klage zur Anwendung, l. 11. §. 1. D. h. t. (wovon das Nähere in die Lehre von den Servituten gehört.)

h) l. 12. §. 4. D. h. t.

i) l. 9. §. 4. D. h. t. Nicht ganz übereinstimmend hiermit ist l. 31. §. 2. D. de act. emt. et vend. (XIX. 1.) Vgl. hierüber Roßhirt in der Zeitschr. für Civil- u. Criminalr. B. 1. H. 2. S. 237. fgg.

k) l. 16. u. 17. D. h. t.

l) Z. B. l. 72. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 2. D. de except. rei vend. (XXI. 3.) l. 4. §. 32. D. de doli mali except. (XLIV. 4.) — l. 28. D. de noxal. act. (IX. 4.) Vgl. übrigens Glück's Erläut. d. Pand. Th. 8. S. 364. fgg.

m) l. 7. §. 8. D. h. t. „In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus.“

Zusatz. Eine besonders bemerkenswerthe exceptio, welche sowohl bey der rei vindicatio, als bey der Publiciana in rem actio vorkommen

kann, iſt die *exceptio rei venditae et traditae*. Ihrem Namen zufolge bezieht ſie ſich zwar zunächſt nur auf einen vorhergegangenen Kauf, und ſteht alſo dem Vindicationsanſpruch deſſen entgegen, welcher den Kaufcontract, in deſſen Folge der Beklagte die Sache erhielt, als für ſich verbindlich anerkennen muß, z. B. wenn Jemand eine fremde Sache verkauft hat, hernach aber ihr Eigenthümer geworden iſt, und nun dieſe Sache vindiciren will, l. 1. pr. u. l. 2. D. de except. rei vend. et trad. (XXI. 3.), oder wenn der wahre Eigenthümer einer Sache Erbe desjenigen, welcher ſie verkauft hat, geworden iſt, und ſie nun in Anſpruch nimmt, da er doch, als Erbe, die Handlungen ſeines Erblaſſers vertreten muß, l. 1. §. 1. D. eod. u. l. 14. C. de rei vindic. (III. 32.); ja ſelbſt dem Singularſucceſſor des Verkäufers ſteht dieſe Einrede entgegen, ſo wie ſie umgekehrt auch allen Nachfolgern des Käufers zuſteht. l. 3. D. de except. rei vend. et trad. Aber außerdem kommt ſie analogiſch, oder als die allgemeine exceptio doli (l. 14. C. cit. l. 17. u. 73. D. de evict. [XXI. 2.]) auch in andern Fällen zur Anwendung, und zwar in der Regel überall, wo Jemand von einem ihm nach der Rechtsſtrenge zuſtändigen Vindicationsanſpruch um deßwillen keinen wirkſamen Gebrauch machen kann, weil entweder er ſelbſt, oder derjenige, für welchen er einſtehen muß, oder ein Anderer, der aus einem beſondern Grunde dazu berechtigt war, die in Frage ſtehende Sache an den Gegner veräußert hat. l. 11. u. 13. C. eod. (VIII. 45.) (ſ. jedoch l. 31. C. eod.) Natürlich kann dieſe exceptio unter den angegebenen Vorausſetzungen auch als replicatio gebraucht werden, wenn nämlich der Käufer oder ſonſtige Erwerber der Sache die Publiciana actio angeſtellt hat, und ihr vom Beklagten die exceptio justi dominii entgegengeſetzt worden iſt. l. 4. §. 32. D. de doli mali except. (XLIV. 4.) — Uebrigens läßt es ſich nicht füglich bezweifeln, daß auch im ältern Rechte, ſolange noch der Unterſchied des doppelten Eigenthums beſtand, der bonitariſche Eigenthümer zum Schutz ſeines Eigenthums ſowohl der exceptio rei venditae et traditae oder der allgemeinen doli exceptio gegen die Vindication des Quiritariſchen Eigenthümers, als auch der replicatio doli gegen die exceptio justi dominii deſſelben ſich habe bedienen können, arg. Gaj. II. §. 120. Collat. XVI. c. 3. §. 1. u. l. 28. D. de noxal. act. (IX. 4.) — Vgl. A. L. I. Michelsen de except. rei vend. et trad. (Berol. et Heidelb. 1824.), von Buchholtz Verſuche ꝛc. Nr. 13. u. Mayer in der Zeitſch. für geſchichtl. Rechtsw. B. 8. S. 35–47.

Dritter Abschnitt.

Von der *Emphyteusis.*

Tit. D. si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius, petatur. (VI. 3.)

Tit. C. de jure emphyteutico. (IV. 66.)

Ueber die hierher gehörige Literatur s. Mackeldey's Lehrb. ꝛc. vor §. 295. Hinzuzufügen sind noch Thibaut's Civil. Abhandl. Nr. 11. und Büchel's Civilrechtl. Erörter. Nr. III. (Ueber jura in re) S. 22—55. Muehler de jure emphyteutico transferendo (Berol. 1835.)

§. 177.

Begriff und historische Entwickelung der emphyteusis.

Emphyteusis (von ἐμφυτεύειν, also ursprünglich Bepflanzung oder Bebauung,) bezeichnet im juristischen Sprachgebrauch theils die Jemandem zur Cultur und Benutzung gegen Entrichtung einer Abgabe auf immer oder doch auf geraume Zeit überlassene Sache, theils das an einer solchen Sache begründete Recht (jus emphyteuticum oder emphyteuticarium) [a]), theils endlich auch den über eine solche Sache und das daran einzuräumende Recht abgeschlossenen Contract (emphyteuseos oder emphyteuticus oder emphyteuticarius contractus) [b]). In der Bedeutung von Recht also heißt *emphyteusis* das Recht an einem fremden Grundstück, vermöge dessen man gegen Entrichtung einer bestimmten Abgabe an den Eigenthümer es nicht nur zu benutzen, sondern auch in so weit, daß es nicht verschlechtert werde, darüber zu disponiren befugt ist [c]). Derjenige nun, welchem ein solches Recht an einem fremden Grundstücke zusteht, heißt *emphyteuta* oder *emphyteuticarius* [d]), und das Grundstück, worauf sich ein solches Recht bezieht, *emphyteuticum* oder *emphyteuticarium* oder *emphyteutici juris praedium*, oder *fundus* oder *ager emphyteuticarius* oder *emphyteuticus* [e]), im Justinianischen Rechte auch *ager vectigalis* (a. u.) [f]), weil in selbigem auf die emphyteusis das sonstige Rechtsverhältniß der *agri vectigales* angewendet worden ist. So hießen nämlich ehedem Grundstücke, welche vom Römischen Volke, oder von Städten, oder von priesterlichen Genossenschaften, oder

von Vestalischen Jungfrauen verpachtet wurden [g]). In Justinian's Digesten ist natürlich nur noch von Einem dieser vier Fälle, nämlich von den Gütern der Städte, die Rede, und zwar heißen daselbst *agri vectigales* nur solche städtische Grundstücke, welche in Erbpacht gegeben, d. h. unter der Bedingung verpachtet worden sind, daß sie, solange dafür an die Stadt eine Abgabe oder Pachtzins (vectigal) entrichtet würde, weder den Pächtern selbst, noch ihren Nachfolgern entzogen werden dürften [h]). Dergleichen Pächtern städtischer Grundstücke kam, obgleich sie kein Eigenthumsrecht an selbigen erlangten, doch eine analoge Eigenthumsklage (in rem actio), und zwar auch selbst gegen die Bürger des Municipiums, zum Schutze ihres Rechtes zu, solange sie das vectigal entrichteten [i]). — Von der emphyteusis, als einem besondern Rechte, findet sich zwar auch schon in den Digesten eine Spur [k]), jedoch ohne nähere Bestimmung des Rechtes selbst. In kaiserlichen Constitutionen aber werden häufig emphyteutica praedia erwähnt, hauptsächlich unter den Patrimonialgütern des Regenten [l]); doch war allmählig auch an Privatgrundstücken die emphyteusis gewöhnlich geworden [m]), und selbst an Kirchengütern wurde sie zugelassen [n]). Auch blieb sie nicht blos auf ländliche Grundstücke (auf welche der Name nach dem ursprünglichen Sinne hindeutet,) beschränkt, sondern wurde auch auf Gebäude bezogen [o]), nicht aber auch auf bewegliche Sachen. — Daß nun ursprünglich ein emphyteuticum praedium von einem vectigale praedium verschieden gewesen sey, ergiebt sich aus einem Rescript von Diocletian und Maximian [p]); allein im Justinianischen Rechte erscheint die emphyteusis als ein dem ehemaligen Rechtsverhältnisse bey den agri vectigales gleichgestelltes oder analoges Institut [q]), mithin als ein Erbpacht, der jedoch auch an gewisse Zeitbeschränkungen gebunden seyn kann [r]). Ueberhaupt aber ist das emphyteutische Recht, obwohl es dem Eigenthumsrechte sehr nahe kommt (§. 178.), doch immer nur als ein Recht an einer fremden Sache (jus in re) zu betrachten [s]).

a) In der l. 3. §. 4. D. de reb. eor., qui sub tutel. (XXVII. 9.) wird dieses Recht jus ἐμφυτευτικόν genannt.

b) l. 1—3. C. h. t. §. 3. I. de locat. et conduct. (III. 24. od. 25.) u. Nov. 120. c. 1.

c) Büchel a. a. O. S. 24. beſchreibt die Emphyteuſe als das Recht, fremdes Eigenthum an Grund und Boden gegen Entrichtung eines jährlichen Canons unabhängig vom Eigenthümer, und (ſo weit dieß mit dem fremden Eigenthume beſtehen kann) vollſtändig auszuüben.

d) l. 1—3. C. h. t. In der l. 2. C. cit. wird er auch ſo umſchrieben: *qui emphyteusin suscepit.*

e) l. 7. pr. Th. C. de locat. fund. jur. emphyt. (X. 3.) l. 2. J. C. h. t. l. 13. C. de praed. minor. (V. 71.) l. 2. C. de mancip. et colon. (XI. 62.), die Ueberſchrift des hierher gehörigen Digeſtentitels u. l. 15. §. 1. D. qui satisdar. cog. (II. 8.)

f) S. die beiden letzten Stellen der vorigen Note u. Note q).

g) Hygenus ed. Goës. p. 205. u. 206.

h) l. 1. pr. D. h. t. „Agri civitatum alii vectigales vocantur, alii non. *Vectigales* vocantur, qui in perpetuum locantur, id est hac lege, ut quamdiu (ſtatt der Florent. Lesart: *tamdiu*,) pro his vectigal pendatur, tamdiu (ſtatt der Florent. Lesart: *quamdiu*,) neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat. . . .“ Gaj. III. §. 145. „. . . . si qua res in perpetuum locata sit; quod evenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut, quamdiu id vectigal praestetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus praedium auferatur. . . .“ §. 3. l. de locat. et conduct. (III. 24 od. 25.)

i) l. 1. §. 1. u. l. 2. D. h. t. „Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere iis in rem actionem adversus quemvis possessorem; sed et adversus ipsos municipes, ita tamen si vectigal solvant.“ In der l. 66. pr. D. de evict. (XXI. 2.) wird die in Frage ſtehende Klage ſo umſchrieben: actio, quae de fundo vectigali proposita est, und in d. l. 15. §. 26. D. de damn. inf. (XXXIX. 2.) heißt ſie: vectigalis actio; auch wird ſie in der l. 16. D. de servitut. (VIII. 1.) als eine utilis petitio bezeichnet. — Ueber die Aehnlichkeit und Verſchiedenheit zwiſchen dem Rechtsverhältniſſe am ager vectigalis und dem am alten ager publicus ſ. Niebuhr's Röm. Geſchichte Th. 2. S. 376. fgg. (d. 1ſten Ausg.), und von Schröter in der Zeitſch. für Civilr. u. Proz. B. 2. H. 2. S. 239. fgg.

k) l. 3. §. 4. D. de reb. eor., qui sub tutel. (XXVII. 9.)

l) Z. B. im Th. C. V. 13. (ed. Wenck.) u. tit. J. C. de fund. patrimonial. (XI. 61.)

m) Dieß ergiebt ſich aus den allgemeinen Ausdrücken in der l. 1. C. h. t. Vgl. von Savigny's Recht des Beſitzes S. 100. fgg.

n) Z. B. Nov. 7. c. 3. u. Nov. 120. c. 1. 5. 6. 8. u. 11. Daher pflegt man auch in Hinſicht des Objects kirchliche und weltliche Emphyteuſen zu unterſcheiden.

o) l. 5. Th. C. de locat. fund. jur. emphyteut. (X. 3.) Nov. 7. c. 3.

§. 1. u. 2. Nov. 120. c. 1. §. 2. Vgl. von Buchholtz Jurist. Abhandl. S. 306. fgg.

p) l. 13. C. de praed. minor. (V. 71.) „Etiam *vectigale vel* patrimoniale sive *emphyteuticum* praedium. . . .“

q) Dafür spricht nämlich theils die Erklärung des Ausdrucks ager vectigalis durch *emphyteuticarius* oder *emphyteuticus* in der Ueberschrift des hierher gehörigen Digestentitels und in der l. 15. §. 1. D. qui satisd. cog. (II. 8.), (in welcher letztern Stelle eine Interpolation von Tribonian nicht zu bezweifeln steht, vgl. von Savigny's Recht des Besitzes S. 101. Note 2.), theils die Beschreibung der emphyteusis im §. 3. I. de locat. et conduct. (III. 24 od. 25.) vergl. mit Gaj. III. §. 145.

r) Nov. 7. c. 3. u. 7. u. Nov. 120. c. 6. §. 1.

s) Dieß ergiebt sich nicht nur aus der historischen Entwickelung der emphyteusis und deren Anschließung an das Recht des ager vectigalis, welches ausdrücklich vom Eigenthum unterschieden wird, l. 1. §. 1. D. h. t. l. 71. §. 5. u. 6. D. de legat. I. (XXX.), sondern auch daraus, daß in der l. 3. §. 4. D. de reb. eor., qui sub tutel. (XXVII. 9.) das jus ἐμφυτευτικὸν ausdrücklich als *jus praedii* bezeichnet wird, und nach der l. 1. C. h. t. nicht zu den *alienationis titulis* gerechnet werden soll, ferner daß gerade in den Stellen, welche das Wesen der emphyteusis am genauesten bestimmen, namentlich l. 1—3. C. h. t. u. §. 3. I. de locat. et conduct. (III. 24. od. 25.), der dominus und der emphyteuta einander entgegengesetzt, und auch sonst bisweilen, z. B. l. 8. C. de fund. patrim. (XI. 61.), dominium und emphyteusis von einander unterschieden werden. Sehr entscheidend für diese Ansicht ist auch l. 2. C. de mancip. et colon. (XI. 62.) Vgl. Thibaut a. a. O. S. 269. fgg., von Savigny's Recht des Besitzes S. 102., und Büchel a. a. O. S. 24. fgg. Ueber einige entgegenzustehen scheinende Stellen, insbesondere l. 4. u. 12. C. de fund. patrim., s. Thibaut a. a. O. S. 271. fgg. — Doch sind der ältern Ansicht, welche dem emphyteuta ein sog. dominium utile (vgl. §. 132. Note i) u. Zusatz zum §. 147.) beylegte, auch jetzt noch Manche zugethan.

§. 178.

Rechte des Emphyteuta.

Der Emphyteuta hat in Bezug auf das emphyteutische Grundstück nicht allein das Recht, es zu besitzen [a]), und vollständig zu benutzen [b]), sondern auch ein gewisses Dispositionsrecht, und zwar, dafern nicht etwas Anderes unter den Interessenten ausgemacht ist [c]), nach folgenden nähern Bestimmungen: 1) Er darf Veränderungen mit der Sache vornehmen,

sofern er sie nur nicht verschlechtert [d]). 2) Er kann sein emphyteutisches Recht auf Andere übertragen, oder (nach der Sprache unserer Quellen) seine meliorationes oder ἐμπονήματα veräußern, nur nicht an solche Personen, welche bey der Errichtung der Emphyteuse ausdrücklich davon ausgeschlossen, oder zur Entrichtung der dem Eigenthümer gebührenden Abgabe unfähig sind [e]). Doch muß er einen beabsichtigten Verkauf des emphyteutischen Grundstücks dem Eigenthümer, wegen des demselben zuständigen Vorkaufsrechts, anzeigen, und darf erst dann, wenn dieser sich binnen zwey Monaten nicht erklärt, ob er von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch machen wolle, auch ohne dessen Einwilligung das Grundstück im Umfange seines dießfallsigen Rechts verkaufen [f]). 3) Er darf das emphyteutische Grundstück, jedoch wenn sein Recht daran ein widerrufliches ist, nur für die Dauer desselben [g]), sowohl verpfänden [h]), als auch mit Servituten beschweren, welche zwar nicht nach strengem Civilrecht, wohl aber durch prätorischen Schutz bestehen [i]). 4) Bey seinem Tode transmittirt er das emphyteutische Recht auf seine Erben [k]), oder auf die, denen er es vermacht hat [l]). 5) Auser den Klagen, welche aus dem der Errichtung der Emphyteuse zum Grunde liegenden Geschäft entspringen, hat er zum Schutze seines Rechts nicht blos eine utilis in rem actio gegen Jeden, selbst gegen den Eigenthümer [m]), ingleichen die Publiciana actio, wenn er das Grundstück bona fide übergeben bekommen hat [n]), sondern auch andere, sonst dem Eigenthümer oder andern Realberechtigten zuständige Rechtsmittel [o]). Auch kann er, als juristischer Besitzer, sich der possessorischen Interdicte bedienen [p]).

a) Daß dem Pachter eines ager vectigalis, mithin im neuern Röm. Recht dem Emphyteuta, obgleich er nach der Natur seines Rechts den sog. animus domini nicht haben kann, dennoch juristischer Besitz (der zu dem abgeleiteten gehört, §. 133. Note k),) beygelegt wird, ist wohl historisch daraus zu erklären, daß das Rechtsverhältniß am ager vectigalis dem am alten ager publicus analogisch nachgebildet war, nun aber gerade bey dem Letztern der Interdictenbesitz sich zuerst entwickelt zu haben scheint (§. 134. g. d. E.). Vgl. von Savigny's Recht des Besitzes, S. 180. und Unterholzner's Verjährungslehre B. 2. S. 244. fgg.

b) Das Eigenthum an den Früchten des emphyteutischen Grundstücks erwirbt der Emphyteuta schon durch die bloße Separation derselben. §. 161. Note e).

c) l. 1—3. C. h. t. u. §. 3. I. de locat. et conduct. (III. 24 od. 25.)

d) Nov. 7. c. 3. §. 2. u. Nov. 120. c. 8. Zwar handeln beyde Novellen nur von kirchlichen Emphyteuſen, ſind aber in der hierher gehörigen Beſtimmung wohl auch auf weltliche Emphyteuſen, nach der Natur dieſes Verhältniſſes, anzuwenden.

e) l. 3. C. h. t. l. 1. C. de fund. patrim. (XI. 61.)

f) l. 3. C. cit.

g) l. 31. D. de pignor. (XX. 1.) Vgl. §. 97. Nr. 4.

h) l. 16. §. 2. D. de pignorat. act. (XIII. 7.)

i) l. 1. pr. D. quib. mod. usufr. amitt. (VII. 4.) Vatic. Fr. §. 61.

k) l. 1. pr. D. h. t. §. 3. I. de locat. et conduct. (III. 24. od. 25.) l. 10. D. famil. ercisc. (X. 2.) Nov. 7. c. 3. pr. u. Nov. 120. c. 6. §. 1.

l) l. 71. §. 5. u. 6. D. de legat. I. (XXX.)

m) l. 1. §. 1. D. h. t. Vgl. §. 177. Note i).

n) l. 12. §. 2. D. de Public. in rem act. (VI. 2.)

o) l. 16. D. de servitut. (VIII. 1.) l. 4. §. 9. D. fin. regund. (X. 1.) l. 7. pr. D. commun. divid. (X. 3.) l. 23. §. 1. D. de aqua et aq. pluv. (XXXIX. 3.) l. 5. §. 3. D. arbor. furt. caes. (XLVII. 7.) — arg. l. 3. §. 3. D. de oper. nov. nunc. (XXXIX. 1.) l. 11. §. 14. D. quod vi aut clam (XLIII. 24.)

p) l. 15. §. 1. D. qui satisd. cog. (II. 8.) l. 1. §. 8. D. Uti possid. (XLIII. 17.) — l. 1. D. de loc. publ. fruend. (XLIII. 9.) l. un. §. 7. D. ut in flum. publ. navig. lic. (XLIII. 14.) Vgl. von Savigny a. a. O. S. 557. Note 1 c).

§. 179.

Pflichten des Emphyteuta und Rechte des Eigenthümers.

Die Pflichten des Emphyteuta beſtehen, dafern nicht etwas Anderes hierüber verabredet iſt (§. 178. Note c)), in Folgendem: Er muß 1) die Sache ordnungsmäßig gebrauchen, und vor Verſchlechterung bewahren [a]); 2) die bey Begründung der Emphyteuſe verabredete oder ſonſt feſtgeſetzte Abgabe (pensio oder reditus oder canon) zur beſtimmten Zeit an den dominus unaufgefordert entrichten [b]); 3) alle auf der Sache haftenden öffentlichen Laſten und Abgaben tragen, und über deren richtige Abführung die Quittungen dem dominus aushändigen [c]). — Was hiernächſt die Rechte des Letztern anlangt, ſo verbleibt ihm nicht nur die directe Eigenthumsklage und das Recht auf

diejenigen Vortheile der Sache, welche dem Emphyteuta, als solchem, nicht gebühren [d]), sondern es kommen ihm auch vermöge des emphyteutischen Verhältnisses noch folgende Befugnisse zu: 1) Das Vorkaufsrecht am emphyteutischen Grundstück [e]). 2) Das Recht, falls der Emphyteuta sein emphyteutisches Recht durch ein Veräußerungsgeschäft auf einen Andern überträgt, für die Annahme des neuen Emphyteuta, die er ohne rechtmäßigen Grund nicht verweigern kann, zwey Procent des Kaufpreises oder Werthes der Sache (quinquagesima pars pretii vel aestimationis, bey den Neuern laudemium oder Lehnwaare genannt,) zu fordern [f]). 3) Das Recht, dem Emphyteuta wegen Pflichtvernachlässigungen das emphyteutische Grundstück zu entziehen. (§. 180. Nr. 6.)

a) Vgl. §. 178. Note d). Zu eigentlichen Verbesserungen des emphyteutischen Gutes ist der Emphyteuta nicht gerade verpflichtet, und kann daher auch die auf selbiges verwendeten Meliorationskosten, bey'm Rückfall der Emphyteusis an den Eigenthümer, in der Regel wiedererstattet verlangen, außer in den Fällen, für welche ihm dieß Recht durch die Gesetze ausdrücklich abgesprochen ist. l. 2. C. h. t. Nov. 7. c. 3. §. 2. u. Nov. 120. c. 8. (§. 180. z. E.) Vgl. von Buchholtz Versuche ꝛc. S. 201. fgg.

b) l. 2. u. 3. C. h. t. §. 3. I. de locat. et conduct. (III. 24. od. 25.) Daß diese Abgabe, in Ermangelung einer andern Bestimmung, alljährlich entrichtet werden müsse, läßt sich aus der Bemerkung von Theophilus III. 24. §. 3., daß dieß schon im ältern Recht bey'm Erbpachtscontracte der Fall gewesen sey („διὰ τὸ καθ' ἕκαστον ἔτος διδόμενον"), abnehmen.

c) l. 2. C. h. t.

d) Dahin gehört namentlich der im emphyteutischen Grundstück gefundene Schatz, arg. l. 7. §. 12. in f. D. solut. matrim. (XXIV. 3.)

e) l. 3. C. h. t. Vgl. §. 178. Nr. 2. g. d. E.

f) l. 3. C. cit.

§. 180.

Entstehung und Erlöschung der Emphyteusis.

Das emphyteutische Recht wird erworben durch Verleihung desselben von Seiten des Grundeigenthümers, und zwar

entweder durch Vertrag [a]), und hinzukommende Uebergabe der Sache [b]), oder durch letzten Willen. Der Erbpachtcontract wurde im ältern Rechte von Manchen zum Kauf-, von Andern dagegen zum Pachtcontract gerechnet [c]), und diese letztere Ansicht war die vorherrschende [d]); allein der Kaiser Zeno erklärte ihn für einen besondern Contract, der seine eigenthümliche Natur haben solle [e]). Auch ist dieser Contract bey einer Emphyteuse, die sich auf Güter einer Kirche oder einer andern pia causa bezieht, in jedem Falle, sonst aber wenigstens dann, wenn etwas von der regelmäßigen Natur der Emphyteuse Abweichendes verabredet werden soll, schriftlich einzugehen [f]). — Ausserdem soll nach der gewöhnlichen Meinung die Emphyteuse auch durch Ersitzung begründet werden können, wenn nämlich Jemand ein Grundstück zum Behuf des daran auszuübenden emphyteutischen Rechts von einem Nichteigenthümer bona fide übertragen bekommen, und 10. oder 20. Jahre, oder, falls es der ordentlichen Ersitzung unfähig seyn sollte, 30. oder 40. Jahre sich im Besitz desselben und in der Ausübung des emphyteutischen Rechts befunden habe [g]); doch ist diese Annahme, auch abgesehen von den aus der Natur des emphyteutischen Rechts sich ergebenden Gegengründen [h]), schon wegen des gänzlichen Stillschweigens unserer Quellen über die dießfallsige Ersitzung höchst bedenklich (§. 98. Note r)) [i]). — Was hiernächst die Erlöschungsgründe der Emphyteusis anlangt, so gehören dahin folgende: 1) Der gänzliche Untergang des Grundstücks [k]). 2) Der Eintritt der Zeit oder Bedingung, von welcher das Ende dieses Rechts abhängig gemacht war [l]). 3) Die rückwärts wirkende Auflösung eines blos temporären oder widerruflichen Eigenthums auf Seiten dessen, der dieses Recht eingeräumt hatte (§. 97. Note l)). 4) Die Abtretung des emphyteutischen Rechts an den Eigenthümer des Grundstücks [m]), so wie der Erwerb des Eigenthums am Letztern von Seiten des bisherigen Emphyteuta, wegen der hier eintretenden confusio (§. 97. Note k)). 5) Die aufhebende Verjährung, welche hierbey auf doppelte Art vorkommen kann: theils als Exstinctivverjährung der dem Emphyteuta zuständigen Klagen, (nach der Ansicht, daß durch die Verjährung der Klagen das ganze ihnen zum Grunde gelegene Recht erlösche §. 116. Nr. 4.,) theils als Folge der freyen Eigenthumsersitzung, wenn nämlich ein

Dritter, unbekannt mit der vorhandenen Emphyteuſe, das emphyteutiſche Grundſtück durch longi temporis praescriptio in ſein Eigenthum bringt [n]). 6) Rechtsentziehung zur Strafe, welche, dafern der Eigenthümer von ſeiner dießfallſigen Befugniß Gebrauch machen will [o]), erfolgen kann: α) wenn der Emphyteuta das Grundſtück auffallend verſchlechtert [p]); β) wenn er es, ohne vorhergegangene Anzeige an den Eigenthümer, einem Dritten verkauft [q]); γ) wenn er, dafern hierüber nicht etwas Anderes ausgemacht iſt, bey einer weltlichen Emphyteuſe 3. Jahre, bey einer im Eigenthum einer Kirche oder andern pia causa befindlichen aber 2. Jahre lang den Canon nicht bezahlt [r]), oder bey jedweder Emphyteuſe 3. Jahre lang die öffentlichen Abgaben nicht entrichtet, und die Quittungen darüber dem Eigenthümer nicht aushändigt [s]). Auch kann in dergleichen Fällen der Emphyteuta die auf das Grundſtück verwendeten Meliorationskoſten nicht vergütet verlangen (§. 179. Note a).

a) Dieſer kann auch ſtillſchweigends eingegangen werden, nämlich dadurch, daß der Eigenthümer eines Grundſtücks ſich die Ausübung des emphyteutiſchen Rechts von Seiten eines Andern gefallen läßt, und den Canon von ihm annimmt.

b) arg. l. 20. C. de pact. (II. 3.)

c) Die Gründe dieſer verſchiedenen Anſichten giebt Theophil. III. 24. §. 3. ſo an: „πρᾶσις μὲν, ἐπειδὴ διέβαινεν ἐπὶ κληρονόμους, καὶ ἐξεποιεῖτο διαφόρως· μίσθωσις δὲ ἐνομίζετο διὰ τὸ καθ' ἕκαστον ἔτος διδόμενον.“ (venditio quidem, quod transibat ad heredes, et varie alienabatur; locatio autem existimabatur propter id, quod quotannis dabatur.)

d) Gaj. III. §. 145.

e) l. 1. C. h. t. „Jus emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis adjiciendum, sed hoc jus tertium esse constituimus, ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum; conceptionem item definitionemque habere propriam, et justum esse validumque contractum. . . .“ §. 3. I. de locat. et conduct. (III. 24. od. 25.)

f) l. 1—3. C. h. t. — Nov. 120. c. 5. pr. u. c. 6. §. 2. — Vgl. Marezoll in d. Zeitſch. für Civilr. u. Proz. B. 2. H. 3. S. 359. fgg.

g) Vgl. z. B. Thibaut Ueber Beſitz und Verjähr. §. 35. u. im Syſtem des Pand. Rechts §. 1018. (8te Ausg.), Mackeldey's Lehrb. ꝛc. §. 298. Nr. 2. — Noch mehrere Arten, wie durch Verjährung eine Emphy-

teuſe entſtehen könne, nimmt Glück an in der Erläut. d. Pand. Th. 8. S. 470. fgg.

h) S. Unterholzner's Verjährungslehre §. 239. u. Büchel a. a. O. S. 52. fgg.

i) Vgl. Unterholzner a. a. O. Doch läßt ſich vielleicht in dem Falle die Begründung einer Emphyteuſe durch Verjährung behaupten, wenn Jemand von ſeinem Gute einem Andern, gleichſam als dem Eigenthümer, einen Grundzins die Verjährungszeit hindurch entrichtet hat, indem alsdann dem Andern das Eigenthumsrecht am Zinsgute nicht mehr beſtritten werden kann, arg. l. 20. pr. C. de agricol. (XI. 47.)

k) Ueber den zufälligen Untergang des emphyteutiſchen Grundſtücks beſtimmte Zeno, daß, wenn nichts Anderes in der Contractsurkunde feſtgeſetzt wäre, der gänzliche Untergang auf Rechnung des Eigenthümers gehe, ſo daß der Emphyteuta für die Zukunft keinen Grundzins mehr zu entrichten brauche; daß dagegen der blos theilweiſe Untergang jenes Grundſtücks, ſo wie jeder andere zufällige Schaden, zunächſt den Emphyteuta treffe, ſo daß er, nach wie vor, den vollen Grundzins zu entrichten verbunden bleibe. l. 1. C. h. t. u. §. 3. I. de locat. et conduct. (III. 24. od. 25.)

l) l. 3. D. h. t. Vgl. auch §. 97. Note h).

m) Doch iſt, aus Rückſicht auf den dem Eigenthümer gebührenden Grundzins, der Emphyteuta zur einſeitigen Verzichtleiſtung auf ſein Recht, oder zur Dereliction des emphyteutiſchen Grundſtücks wider den Willen des Eigenthümers, wohl nicht für befugt zu halten, theils wegen der allgemeinen Regel in der l. 5. C. de obligat. et act. (IV. 10.), theils wegen der beſondern Beſtimmung der l. 3. C. de fund. patrim. (XI. 61.) Vgl. von Buchholtz Juriſt. Abhandl. S. 313. Andere Anſichten hierüber ſ. bey Glück Erläut. d. Pand. Th. 8. S. 532. fgg.

n) Denn auf dieſe Weiſe erlöſchen auch Pfandrechte, die bisher an der Sache hafteten. Vgl. §. 163. Note pp), und Unterholzner's Verjährungsl. B. 2. S. 259. Nr. 1. — Keineswegs aber kann auch der Emphyteuta ſelbſt durch Nichtbezahlung des Grundzinſes eine Eigenthumserſitzung am emphyteutiſchen Grundſtück für ſich begründen. l. 7. §. 6. C. de praescript. XXX. ann. (VII. 39.)

o) l. 2. C. h. t. „. . . . . volenti ei licere eum a praediis emphyteuticariis repellere, ...“

p) Nov. 7. c. 3. §. 2. u. Nov. 120. c. 8. Vgl. auch §. 178. Note d).

q) l. 3. in f. C. h. t.

r) l. 2. C. h. t. u. die in der Note p) citirten Novellen.

s) l. 2. C. h. t.

Vierter Abschnitt.

Von der Superficies.

Tit. D. de superficiebus. (XLIII. 18.)

Ueber die hierher gehörige Literatur s. Mackeldey's Lehrb. ꝛc. vor §. 300. Hinzuzufügen ist noch: Büchel in den Civilrechtl. Erört. Nr. III. (Ueber jura in re.) S. 56 — 69.

§. 181.

Begriff und Ursprung der *superficies*.

Superficies oder *superficium* [a]) heißt überhaupt das, was auf der Oberfläche eines Grundstücks angebracht ist [b]). Nach der Regel: *superficies solo cedit* [c]), erwirbt nun der Eigenthümer des Grundes und Bodens das Eigenthum auch an dem, was mit seinem Grundstücke in eine solche Verbindung gebracht ist, daß es als Theil und Zubehör desselben erscheint [d]). Doch kann auch einem Andern an einer auf fremdem Grund und Boden, mag er im Privateigenthum oder ein öffentlicher seyn [e]), angebrachten superficies ein dingliches, mit Nutzungs- und Dispositionsbefugnissen verbundenes Recht (bey den Neuern ebenfalls superficies genannt [f]),) zukommen, für dessen Genuß gewöhnlich ein Grundzins (pensio oder solarium [g])) zu entrichten ist, und der, dem ein solches Recht zusteht, heißt *superficiarius* [h]). Der hauptsächlichste Gegenstand dieses Rechts ist ein auf fremdem Grund und Boden befindliches Gebäude (superficiariae aedes, oder superficiaria insula) [i]), oder auch ein einzelnes Stockwerk [k]), und zwar kann sich dieses Recht eben sowohl auf ein vor dessen Begründung bereits vorhandenes Gebäude beziehen [l]), als auch auf ein solches, welches erst der Superficiar selbst errichtet [m]); aber außerdem kann auch wohl bey andern Anlagen auf fremdem Grund und Boden das Superficiarrecht Statt finden [n]). — Als ein eigenthümliches Rechtsverhältniß bildete es sich unter dem Einflusse des prätorischen Rechts aus [o]). Der Prätor nämlich versprach denen, welche eine superficies auf immer, oder doch auf lange Zeit gemiethet oder gepachtet hätten, nicht blos ein eigenes Interdict zum Schutze des gegenwärtigen Besitzstandes, sondern auch, nach vorgängiger causae cognitio, eine dingliche Klage

zum Schutze des Rechts selbst [p]). Ueberhaupt kommt das Recht des Superficiars dem Eigenthumsrechte sehr nahe (§. 182.) [q]), ist aber doch eben so, wie die emphyteusis, nur ein besonderes Recht an einer fremden Sache (jus in re) [r]).

a) Diese allerdings seltnere Wortform findet sich (wenigstens nach der Florent. Lesart) in der l. 32. D. de jure dot. (XXIII. 3.) l. 39. D. de legat. II. (XXXI.) u. l. 1. §. 1. D. h. t. Vgl. auch Schulting Jurisprud. Ante-Just. p. 80. not. 47.

b) Z. B. l. 71. D. de usufr. (VII. 1.) l. 13. pr. D. de servit. praed. rust. (VIII. 3.)

c) Gaj. II. §. 73. l. 3. §. 7. D. Uti possid. (XLIII. 17.) l. 98. §. 8. D. de solut. (XLVI. 3.)

d) Vgl. §. 158. Note i), u. l. 50. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) l. 2. D. h. t. u. l. 44. §. 1. in f. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.)

e) l. 32. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 2. §. 17. D. ne quid in loc. publ. (XLIII. 8.) l. 1. C. de divers. praed. urb. (XI. 69.)

f) Die *superficies* in diesem Sinne beschreibt Büchel a. a. O. S. 56. als das Recht, das Eigenthum an einem auf fremdem Grund und Boden errichteten Gebäude vollständig und unabhängig vom Eigenthümer auszuüben.

g) l. 74. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 15. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) l. 2. §. 17. D. ne quid in loc. publ. (XLIII. 8.) „. . . . . appellatur *solarium* ex eo, quod pro solo pendatur.“ l. 1. C. de divers. praed. urb. (XI. 69.)

h) l. 73. §. 1. u. l. 74. D. de rei vindic. (VI. 1.) „*Superficiario*, id est, qui in alieno solo superficiem ita habet, ut certam pensionem praestet.“

i) l. 2. D. h. t. l. 12. §. 3. D. de Public. in rem act. (VI. 2.) l. 1. §. 5. D. de vi (XLIII. 16.)

k) l. 3. §. 7. D. Uti possidet. (XLIII. 17.)

l) Auf diesen Fall zunächst scheinen sich sowohl die Worte in der l. 1. §. 1. D. h. t: „. . . . . si conduxit superficium“ etc., als auch die in der l. 3. §. 3. D. de oper. nov. nunciat. (XXXIX. 1.) vorkommende Vergleichung des Superficiars mit einem *inquilinus* zu beziehen.

m) Auf diesen Fall geht die Beschreibung des Superficiars in der l. 18. §. 4. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) „*qui in conducto solo superficiem imposuit.*“

n) arg. l. 13. pr. D. de servit. praed. rust. (VIII. 3.) And. Mein. ist jedoch mit den Meisten von Buchholtz in den Juriſt. Abhandl. S. 306. S. dagegen Mühlenbruch im Lehrb. d. Pand. Rechts. §. 302. Note 1).

o) Von Schröter in der Zeitsch. für Civilr. u. Proz. B. 2. H. 2. S. 246. fgg. sucht den Ursprung dieses Rechts in dem Verhältnisse der alten Possessoren des ager publicus. S. dagegen Büchel a. a. O. S. 57. Note 1).

p) l. 1. pr. D. h. t. „Ait Praetor: *Uti ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero fruemini, quo minus fruamini, vim fieri veto; si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.*“ — l. 1. §. 3. D. eod. „Quod ait Praetor: *si actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo*, sic intelligendum est, ut, si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet.“

q) Darauf deuten auch die Worte in der l. 9. §. 4. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) „si solum sit alterius, *superficies alterius*,“ und der in der l. 3. §. 7. D. Uti possid. (XLIII. 17.) vom Superficiar gebrauchte Ausdruck: *quasi dominus* moratur,“ hin.

r) l. 19. pr. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) „. . . . . sive domini sint, sive *aliquod in ea re jus* habeant, qualis est creditor, et fructuarius, et *superficiarius*.“ Daher wird auch der Superficiar ausdrücklich dem dominus soli entgegengesetzt, z. B. in der l. 18. §. 4. D. eod. l. 3. §. 7. D. Uti possid. (XLIII. 17.) l. 1. §. 1. u. 4. D. h. t. l. 86. §. 4. D. de legat. I. (XXX.), in welcher letztern Stelle das superficiarische Rechtsverhältniß sogar eine *servitus* (freylich nicht im technischen Sinne dieses Worts) genannt wird. — Die ältere Ansicht, der auch jetzt noch Manche zugethan sind, legte dem superficiarius ein sog. dominium utile bey. Vgl. §. 132. Note i), und Zusatz zum §. 147.

§. 182.

Rechte und Pflichten des Superficiars.

Die Rechte des Superficiars sind denen des Emphyteuta sehr ähnlich [a]). Er hat daher nicht allein den Besitz [b]), und das Benutzungsrecht der superficies, soweit es ihm zugestanden worden ist [c]), sondern auch Dispositionsbefugnisse, insoweit sie mit dem Eigenthumsrechte des Grundherrn vereinbar sind. Denn er kann sein Recht an der superficies beliebig sowohl unter Lebenden veräußern, als auf den Todesfall darüber verfügen [d]), und transmittirt es in Ermangelung einer letztwilligen Verfügung, auf seine Intestaterben [e]). Auch kann er auf die Dauer seines Rechts (§. 97. Nr. 4.) die superficies

verpfänden [f], und mit Servituten beschweren, welche zwar nicht nach strengem Civilrechte, aber doch durch prätorischen Schutz bestehen, und daher durch utiles actiones geltend gemacht werden können [g]. Ferner hat er außer den aus dem Rechtsgeschäfte, wodurch ihm die superficies eingeräumt worden ist, entspringenden Klagen [h], zur Verfolgung seines dinglichen Rechts eine utilis in rem actio (auch speciell in rem actio *de superficie* genannt) [i], desgleichen die Publiciana actio, wenn er die superficies von einem Nichteigenthümer bona fide erlangt hat [k], und kann außerdem auch andere, dem Eigenthümer zukommende Rechtsmittel utiliter gebrauchen [l]. Endlich kommen ihm, als juristischem Besitzer, nicht blos die gewöhnlichen recuperandae possessionis interdicta zu [m], sondern auch ein eigenthümliches retinendae possessionis interdictum, (das man interd. *de superficiebus* nennt,) welches ganz die Natur des interd. Uti possidetis hat, und daher auch, wie dieses, ein interdictum duplex (§. 123. Nr. 3.) ist [n]. — Was hiernächst die Pflichten des Superficiars anlangt, so muß er alle auf der superficies haftenden Lasten und Abgaben tragen [o], und den festgesetzten Grundzins an den Grundeigenthümer zahlen [p]. Uebrigens verbleiben dem Letztern Besitz- und Eigenthumsrechte in so weit, als sie nicht durch das entgegenstehende Recht des Superficiars beschränkt sind [q], und namentlich kommt ihm auch die directe rei vindicatio zu [r].

a) Doch giebt es allerdings auch manche Verschiedenheit zwischen beyden. Vgl. von Buchholtz Jurist. Abhandl. Nr. 25.

b) l. 1. §. 1. 2. u. 5. D. h. t. Vgl. übrigens §. 137. Note e).

c) l. 1. pr. D. h. t.

d) l. 1. §. 7. D. h. t. l. 32. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) u. l. 86. §. 4. D. de legat. I. (XXX.)

e) l. 10. D. famil. ercisc. (X. 2.)

f) l. 16. §. 2. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 13. §. 3. D. de pignor. (XX. 1.) — Doch geht alsdann die Forderung des Grundeigenthümers wegen des ihm noch nicht bezahlten Grundzinses den Gläubigern vor, denen an der superficies ein Pfandrecht bestellt ist. l. 15. D. qui potior. in pign. (XX. 4.)

g) l. 1. pr. D. quib. mod. usufr. amitt. (VII. 4.) l. 1. §. 6. u. 9. D. h. t.

h) l. 1. §. 1. u. 5. D. h. t. l. 18. §. 4. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.)

i) l. 73. §. 1. l. 74. u. 75. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 16. §. 2. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 3. §. 3. D. de oper. nov. nunc. (XXXIX. 1.) l. 1. pr. §. 1. 3. u. 6. D. h. t.

k) l. 12. §. 3. D. de Public. in rem act. (VI. 2.)

l) l. 3. §. 3. D. de oper. nov. nunc. (XXXIX. 1.) l. 13. §. 8. u. l. 39. §. 2. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) l. 1. §. 8. D. h. t.

m) l. 1. §. 5. D. de vi (XLIII. 16.) — arg. l. 2. pr. u. §. 3. D. de precar. (XLIII. 26.) Vgl. von Savigny's Recht des Beſitzes S. 559.

n) l. 1. §. 1. u. 2. D. h. t. u. l. 3. §. 7. D. Uti possid. (XLIII. 17.)

o) arg. l. 7. §. 2. D. de usufr. (VII. 1.) l. 10. D. de regul. jur. (L. 17.) u. l. un. §. 4. in f. C. de caduc. toll. (VI. 51.)

p) l. 74. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 15. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) l. 2. §. 17. D. ne quid in loc. publ. (XLIII. 8.) l. 1. C. de divers. praed. urb. (XI. 69.)

q) l. 39. §. 2. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) l. 3. §. 7. D. Uti possid. (XLIII. 17.) Ueber verſchiedene Erklärungen der letztern Stelle ſ. von Savigny's Recht des Beſitzes S. 289. fgg., Unterholzner's Verjährungsl. B. 2. S. 248. u. von Schröter in d. Zeitſchr. für Civilr. u. Proz. B. 2. H. 2. S. 250. fgg.

r) l. 1. §. 4. D. h. t.

§. 183.

Entſtehung und Erlöſchung der superficies.

Erworben wird das Recht des Superficiars durch Verleihung von Seiten des Grundeigenthümers, und zwar entweder durch Vertrag [a]) und hinzukommende Tradition der ſchon vorhandenen superficies oder des zu ihrer Errichtung beſtimmten Platzes [b]), oder durch letztwillige Verfügung. Daß es aber, wie Manche behaupten, auch durch Erſitzung begründet werden könne, läßt ſich aus denſelben Gründen, wie bey der Emphyteuſe (§. 180. Note h) u. i)), nicht füglich annehmen [c]). — Die Urſachen, welche das Ende des superficiariſchen Rechts bewirken, ſind zwar in unſern Quellen nicht ſpeciell beſtimmt; doch leidet es keinen Zweifel, daß die allgemeinen Erlöſchungsgründe dinglicher Rechte (§. 96. u. 97.), ſofern nicht durch die beſondere Natur der superficies eine Modification herbeygeführt wird [d]), auch hierauf anwendbar ſind,

und außerdem ist consequenter Weise auch anzunehmen, daß dem Superficiar sein Recht, wenn es ihm durch Miethvertrag eingeräumt worden ist, aus denselben Gründen, wie einem andern Miethsmann, auch wider seinen Willen entzogen werden könne e).

a) Als Verträge dieser Art werden in der l. 1. §. 1. D. h. t. der Miethvertrag und der Kaufcontract angeführt. Daß indessen der Erstere in der hierher gehörigen Beziehung der gewöhnlichere Vertrag war, ergiebt sich nicht blos aus der häufigern Erwähnung desselben in Bezug auf die superficies, z. B. l. 18. §. 4. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) l. 3. §. 7. in f. D. Uti possid. (XLIII. 17.) l. 1. §. 3. u. l. 2. D. h. t., sondern insbesondere auch aus der Fassung der hierher gehörigen Stelle des prätorischen Edicts. l. 1. pr. D. h. t. (Vgl. §. 181. Note p)). Gleichwohl scheinen die Worte in der l. 1. §. 1. D. h. t. „quia et incertum erat, an locatio (nach der Florent. Lesart: locati) existeret," darauf hinzudeuten, daß man ehedem über die Natur des der Verleihung einer superficies zum Grunde liegenden Vertrags (auf ähnliche Art, wie bey dem die Verleihung eines ager vectigalis betreffenden, §. 180. Note c),) geschwankt habe. Vgl. Büchel a. a. O. S. 58. Uebrigens nimmt Derselbe a. a. O. S. 61. fgg. an, daß auch durch den emphyteutischen Contract eine superficies begründet werden könne.

b) arg. l. 20. C. de pact. (II. 3.) Doch sind hierin nicht Alle einverstanden. Vgl. z. B. Büchel a. a. O. S. 60. Note 1).

c) Für die verneinende Meinung führt man gewöhnlich noch die l. 26. D. de usurpat. (XLI. 3.) an: „Nunquam superficies sine solo capi longo tempore potest"; doch spricht diese Stelle nur die Unmöglichkeit des Eigenthumserwerbs durch Ersitzung an der superficies ohne den Boden aus. Vgl. auch Büchel a. a. O. S. 68. fgg.

d) Dieß ist der Fall z. B. wenn vom Superficiar, wie gewöhnlich ein Grundzins an den Eigenthümer zu entrichten ist; denn dann kann er wohl nicht einseitig und wider den Willen des Letztern auf die superficies verzichten. l. 5. C. de obligat. et act. (IV. 10.) Vgl. auch §. 180. Note m).

e) l. 54. §. 1. D. locat. (XIX. 2.) u. l. 3. C. eod. (IV. 65.) Vgl. von Buchholtz Juriſt. Abhandl. S. 314. fgg.

Fünfter Abschnitt.

Von den Servituten.

Ueber die hierher gehörige Literatur s. Mackeldey's Lehrbuch, ꝛc. vor §. 274. und in der Note a) zum §. 275. Hinzuzufügen ist noch: Büchel in den Civilr. Erört. Nr. III. (Ueber jura in re) S. 6—14.

Erstes Capitel.

Von der Natur und den verschiedenen Arten der Servituten.

Paul. I. 17., I. (II. 3.) u. D. (VIII. 1.) de servitutibus. Tit. C. de servitutibus et aqua (III. 34.)

§. 184.

Begriff und Wesen der servitus.

Servitus in Bezug auf Sachen [a]) bezeichnet im ursprünglichen Sinne die Dienstbarkeit einer Sache, d. h. die Beschränkung der natürlichen Freyheit des Eigenthums durch ein an der Sache haftendes fremdes Recht [b]), welches, als Correlat jener Eigenthumsbeschränkung, ebenfalls *servitus* in der abgeleiteten Bedeutung (Dienstbarkeitsrecht) heißt [c]). Dieses besteht nämlich in einem schon auf dem ältern Civilrecht beruhenden Rechte, welches irgend einen abgelößten Bestandtheil des Eigenthums enthaltend [d]), einem bestimmten Subject als ein von ihm unzertrennliches Recht [e]) an einer fremden Sache [f]) zusteht [g]). Durch eine Servitut wird also das Eigenthumsrecht zum Vortheil einer bestimmten Person oder Sache gewissermaaßen geschmälert [h]); weßhalb auch der entgegengesetzte Zustand einer Sache, d. h. die Unbeschränktheit des daran Statt findenden Eigenthums, *libertas*, oder *libertas rei*, oder *libertas servitutum* [i]), und die von aller Dienstbarkeit freye Sache selbst res *optima maximaque* genannt wird [k]). Immer aber kann das Wesen einer Servitut auf Seiten des Eigenthümers der dienstbaren Sache nur entweder in einem *pati* oder einem *non facere*, nicht aber auch in einem *facere* bestehen [l]), d. h. nur darin, daß der Eigenthümer in Bezug auf seine Sache zum Vortheil eines andern Berechtigten Etwas entweder leiden muß, oder nicht thun darf, was er nach der natürlichen Freyheit des Eigenthums nicht zu leiden brauchte oder thun könnte, nicht aber auch darin, daß er selbst zum Vortheil eines Andern Etwas thun oder leisten müßte [m]). Der Grund hiervon liegt darin, weil die Servitut, als ein Recht an einer fremden Sache, nur eine Beschränkung des Eigen-

thums derſelben, nicht aber auch eine Beſchränkung der perſönlichen Freyheit des Beſitzers enthält [n]). Wenn nun alſo der Eigenthümer einer Sache ſich zu einem Thun gegen einen Andern verpflichtet, ſo wird dadurch blos ein Obligationsverhältniß, nicht aber eine Servitut, als dingliches Recht, begründet, ſo daß für die Nachfolger im Eigenthum, vorausgeſetzt daß ſie nur Singularſucceſſoren ſind, in dieſer Hinſicht gar keine Verbindlichkeit exiſtirt [o]). — Uebrigens werden die Servituten, als die älteſte Art der jura in re, oft auch vorzugsweiſe *jura* genannt, z. B. jura praediorum (a. u.) [p]).

a) Ueber den Begriff der servitus im Perſonenrechte ſ. §. 27. Note i).

b) Auf dieſe Bedeutung bezieht ſich z. B. die Redensart: *servitutem imponere.* l. 2. l. 8. pr. u. l. 19. D. h. t. l. 38. §. 1. D. de servit. praed. rust. (VIII. 3.) l. 5. §. 9. D. de oper. nov. nunciat. (XXXIX. 1.) l. 3. §. 2. D. de aqua quotid. (XLIII. 20.) Auch das Zeitwort *servire* wird von der mit einer Servitut belaſteten Sache gebraucht, z. B. l. 3. §. 2. D. cit. l. 2. §. 10. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.), und ebenſo wird die dienſtbare Sache auch mit den Prädicaten *serviens* oder *servus* (z. B. servus fundus oder servum praedium) bezeichnet. l. 8. D. de act. emt. et vend. (XIX. 1.) l. 20. §. 1. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.)

c) Dieſe Bedeutung, welche überhaupt die vorherrſchende iſt, liegt z. B. den Redensarten: *servitus acquiritur, debetur, competit, vindicatur* u. dgl. zum Grunde. l. 8. §. 1. l. 11. u. 12. D. h. t. l. 2. pr. — §. 2. u. l. 4. pr. D. si servit. vindic. (VIII. 5.)

d) Beſonders bey'm Nießbrauch wird dieß in unſern Quellen hervorgehoben. §. 1. I. de usufr. (II. 4.) „Ususfructus *a proprietate separationem* recipit. . . .“ l. 5. pr. D. si usufr. pet. (VII. 6.)

e) Dieſes Merkmal der Servituten beſtreitet von Buchholtz in den Verſuchen S. 159. fgg. S. dagegen Büchel a. a. O. S. 12. u. 76. fgg.

f) pr. I. de usufr. (II. 4.) l. 1. D. eod. (VII. 1.) l. 4. pr. D. si servit. vindic. (VIII. 5.) l. 19. pr. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) Vgl. Puchta im Rhein. Muſ. J. 1. H. 4. S. 305. fgg.

g) Vgl. von Löhr in Deſſen und von Grolman's Magazin B. 3. S. 486—489. und Büchel a. a. O. S. 14. — Von Buchholtz in den Verſuchen S. 161. fgg. hält eine poſitive Definition der Servituten für unmöglich, und meint, daß ſie ſich nur negativ dahin beſtimmen ließen, daß alle jura in re, welche nicht Emphyteuſis, Superficies oder Pfandrecht heißen, Servituten ſeyen; allein da die übrigen jura in re ſpätern Urſprungs ſind, als die Servituten, ſo kann jene blos negative

Definition der Servituten, aus welcher übrigens das eigentliche Wesen derselben gar nicht hervorgeht, unmöglich dem Sinne der Röm. Juristen, die doch schon vor Entstehung der übrigen jura in re einen positiven Begriff mit den Servituten verbunden haben müssen, angemessen seyn.

h) l. 5. §. 9. D. de oper. nov. nunciat. (XXXIX. 1.) „. . . . . posteaquam jus suum deminuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem aedibus suis imposuit. . . . "

i) l. 6. l. 7. u. l. 32. §. 1. D. de servit. praed. urb. (VIII. 2.) l. 34. pr. D. de servit. praed. rust. (VIII. 3.) l. 16. in f. u. l. 18. §. 2. D. quemadm. servit. amitt. (VIII. 6.) l. 4. §. 29. D. de usurpat. (XLI. 3.)

k) l. 90. u. 169. D. de verb. signif. (L. 16.) — Cic. de lege agrar. III. c. 2.

l) l. 15. §. 1. D. h. t. „*Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis . . . . . , sed ut aliquid patiatur aut non faciat.*" l. 6. §. 2. D. si servit. vindic. (VIII. 5.) „. . . . nor posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur. . . . . "

m) Zwar können die auf Grundstücken ruhenden öffentlichen Lasten allerdings auch in einem Thun bestehen, z. B. Abgaben, Verpflichtung zu Wegebesserungen u. dgl. l. 27. §. 3. D. de usufr. (VII. 1.) l. 7. pr. D. de publican. (XXXIX. 4.) l. 6. §. 5. u. l. 14. §. 2. D. de muner. (L. 4.); doch sind dieß keine wahren Servituten, da sie nicht einzelne aus dem Eigenthum abgelößte Bestandtheile enthalten, überdieß auch gewöhnlich nicht zum Vortheil einer bestimmten (physischen) Person oder Sache gereichen.

n) l. 34. pr. D. de servit. praed. rust. (VIII. 3.) „. . . . quoniam *non personae, sed praedia deberent.* . . . " l. 6. §. 2. in f. D. si servit. vindic. (VIII. 5.) „. . . . . servitutem *non hominem debere, sed rem.* . . . " Vgl. die in Mackeldey's Lehrb. §. 276. Note c) angef. Schriftsteller. Freylich ist dieß bey allen Rechten an einer fremden Sache, da sie insgesammt mehr oder weniger Beschränkungen des Eigenthums enthalten (§. 132.), der Fall, vgl. von Buchholtz Versuche S. 164; indessen wird jener Satz in unsern Quellen nur bey den Servituten hervorgehoben (s. Note l)), sey es, um dadurch den Unterschied derselben von der servitus im Personenrechte in ein desto helleres Licht zu stellen, oder weil überhaupt die Servituten, als die ältesten Arten der jura in re, in unsern Quellen vollständiger dargestellt werden, als andere Rechte an fremden Sachen. Vgl. Büchel a. a. O. S. 5.

o) l. 81. §. 1. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.)

p) l. 9. D. de oper. nov. nunciat. (XXXIX. 1.) l. 1. pr. D. de condict. tritic. (XIII. 3.) — Gaj. II. §. 29. Ulp. XIX. §. 1. §. 3. I. de reb. incorp. (II. 2.) u. pr. l. h. t. l. 1. §. 1. in f. D. de divis. rer. (I. 8.) l. 2. u. 6. D. de servit. praed. urb. (VIII. 2.) — Daß

auch der Ausdruck *dominium* im weitern Sinne mit auf die Servituten bezogen werde, ist bereits §. 145. Note a) bemerkt worden.

§. 185.

Verschiedene Arten der Servituten.

In Ansehung des berechtigten Subjects sind die Servituten entweder *servitutes praediorum* (od. *rerum*, a. u., bey uns dingliche oder Real- oder Prädialservituten, oder Gerechtigkeiten eines Grundstücks genannt,) oder *servitutes personarum* (od. *hominum*, a. u., od. auch *personales servitutes*, bey uns persönliche Servituten genannt) [a]). Die Erstern sind solche, welche mit einem bestimmten Grundstücke dermaaßen in Verbindung stehen, daß sie von jedem Besitzer desselben ausgeübt werden können [b]); die Letztern aber solche, welche nur einer bestimmten Person als ein höchst persönliches Recht zustehen [c]). Zu einer servitus praedii werden allemal zwey, verschiedenen Eigenthümern zugehörige Grundstücke vorausgesetzt [d]), wovon das Eine mit der Servitut belastet ist (servitutem debet, fundus serviens, od. servus fundus u. dgl., bey uns das dienende Grundstück genannt,) und das Andere als das berechtigte Subject erscheint, indem mit ihm die Servitut als ein Recht verbunden ist (fundus, cui servitus debetur, od. cui servitur, od. cui fundus servit, u. dgl., bey den Neuern auch praedium dominans, das herrschende Grundstück genannt) [e]). Die Prädialservituten sind nun wiederum entweder *serv. praediorum rusticorum* (a. u., auch serv. *rusticae*), oder *serv. praediorum urbanorum* (a. u., auch serv. *urbanae*) [f]), je nachdem sie sich auf ein *rusticum praedium*, d. h. eine solche Besitzung, bey welcher es auf Fruchterzeugung abgesehen ist [g]), oder auf ein *urbanum praedium*, d. h. jede Besitzung anderer Art [h]), beziehen. Auch bey dieser Eintheilung wird *servitus* gewöhnlich in der activen Bedeutung für Dienstbarkeitsrecht gebraucht, so daß die Verschiedenheit des berechtigten Grundstücks, je nachdem nämlich dieses ein rusticum oder urbanum praedium ist, das Eintheilungsprincip darbietet [i]). Bisweilen aber scheint hierbey *servitus* auch in der passiven Bedeutung für die Dienstbarkeit einer Sache genom-

men zu werden, ſo daß es dann bey jenen Benennungen darauf ankommt, ob das belaſtete Grundſtück ein rusticum oder urbanum praedium iſt [k]). Uebrigens ſind die servitutes praediorum ohne Zweifel ältern Urſprungs, als die servitutes personarum, was auch ſchon daraus hervorgeht, daß jene ſchlechthin und vorzugsweiſe *servitutes* heißen [l]); und unter ihnen ſcheinen wiederum, aus Rückſicht auf das praktiſche Bedürfniß, die rusticorum praediorum servitutes, oder wenigſtens Einige derſelben, früher, als die urbanorum praediorum servitutes, in Gebrauch gekommen zu ſeyn [m]). — Außer den bisher angeführten, quellenmäßigen Eintheilungen der Servituten kommen bey den Neuern noch manche andere vor. So pflegen in Anſehung ihres Inhalts die Servituten in *affirmativae** und *negativae** eingetheilt zu werden, je nachdem ſie in einem *pati* oder einem *non facere* von Seiten des Eigenthümers der dienenden Sache beſtehen (§. 184. Note l)). Zur letztern Claſſe gehören manche Gebäudeſervituten, während dagegen die servitutes praediorum rusticorum und die perſönlichen Servituten insgeſammt von affirmativer Art ſind. Hinſichtlich ihrer Ausübung unterſcheidet man servit. *continuae** und *discontinuae**, und verſteht unter den Letztern ſolche, deren Ausübung nur von Zeit zu Zeit geſchieht, ſey es, daß ihrer Natur nach die ununterbrochene Ausübung unmöglich iſt [n]), oder daß ſie nach der Art ihrer Erwerbung nur in beſtimmten Zeitabſchnitten oder mit gewiſſen Zwiſchenräumen ausgeübt werden dürfen [o]). Ferner theilt man die Servituten ein in *regulares** und *irregulares**, und verſteht unter den Letztern ſolche, welche von ihrer regelmäßigen Natur im concreten Falle abweichen, oder anders, als gewöhnlich, beſtellt ſind (§. 188.) [p]), u. ſ. w.

a) l. 1. u. l. 15. pr. D. h. t. l. 4. u. l. 20. §. 3. D. de servit. praed. rust. (VIII. 3.) l. 8. §. 3. D. de liberat. leg. (XXXIV. 3.) In der l. 12. D. de ann. legat. (XXXIII. 1.) kommt zur Bezeichnung dieſes Unterſchieds der Ausdruck servitus *in personam* und *in rem* vor.

b) l. 36. D. de servit. praed. rust. (VIII. 3.) l. 12. D. communia praedior. (VIII. 4.) l. 20. §. 1. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.)

c) §. 3. I. de usufr. (II. 4.) pr. I. de usu (II. 5.) l. 3. §. 3. D. quib. mod. ususfr. amitt. (VII. 4.) l. 15. D. famil. ercisc. (X. 2.) l. 8. §. 3. D. de liberat. leg. (XXXIV. 3.)

d) §. 3. I. h. t. „Ideo autem hae *servitutes praediorum* appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium; nec quisquam debere, nisi qui habet praedium.“ l. 1. §. 1. D. commun. praed. (VIII. 4.)

e) l. 12. D. eod. l. 14. D. de servit. praed. urb. (VIII. 2.) l. 23. §. 2. u. 8. D. de servit. praed. rust. (VIII. 3.) l. 20. §. 1. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) l. 140. §. 2. D. de verb. oblig. (XLV. 1.) Vgl. auch §. 184. Note b).

f) §. 3. I. de reb. incorpor. (II. 2.) §. 6. I. h. t. l. 1. u. l. 14. pr. D. h. t. l. 1. D. si servit. vind. (VIII. 5.) l. 13. §. 1. D. de acceptil. (XLVI. 4.) — In d. l. 8. D. h. t. werden die beyden Arten der servit. praediorum ſo umſchrieben: „aliae *in solo*, aliae *in superficie consistunt*,“ (vgl. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 9. S. 26. fgg.) und in d. l. 1. pr. D. de condict. tritic. (XIII. 3.) kommt für beyde Arten der Ausdruck: servit. *utrorumque praediorum*, vor.

g) Ulp. XIX. §. 1. „. . . . . praedia . . . . *rustica*, qualis est *fundus*. . . . “ l. 7. pr. D. in quib. caus. pign. tac. contrah. (XX. 2.) l. 198. in f. D. de verb. signif. (L. 16.) Es können aber außer den Feldern, Wieſen, Waldplätzen, Weinbergen u. dergleichen fruchtbringenden Grundſtücken auch ſelbſt Gebäude mit zum Begriff eines praedium rusticum gehören, ſofern ſie nämlich um der Landwirthſchaft willen vorhanden ſind. l. 211. in f. D. eod. „. . . . . ager cum aedificio *fundus* dicitur.“ Vgl. auch Unterholzner's Verjährungsl. B. 2. S. 121. fgg. — Ueber eine beſondere Bedeutung des Ausdrucks: *rustica praedia* in der l. 2. pr. D. de servit. praed. rust. (VIII. 3.) ſ. §. 59. Note k) z. E.

h) Dahin gehören nun hauptſächlich die Wohngebäude, gleichviel, ob in der Stadt oder auf dem Lande. Ulp. XIX. §. 1. „. . . . . praedia . . . . *urbana*, qualis *domus* . . . . . “ §. 1. I. h. t. „. . . . . *aedificia* omnia *urbana praedia* appellamus, etsi in villa aedificata sunt. . . . . “ l. 1. pr. D. commun. praed. (VIII. 4.) l. 198. D. de verb. signif. (L. 16.), und daher werden im §. 1. I. h. t. die *praediorum urbanorum servitutes* ſo definirt: „quae *aedificiis* inhaerent.“ Doch ſind außerdem auch Stallungen, Bauplätze, Speicher u. dgl., ja ſelbſt Gärten, ſofern ſie Zubehör eines Wohnhauſes ſind, mit zum Begriff eines urbanum praedium zu rechnen. l. 198. D. cit. l. 3. u. l. 4. §. 1. D. in quib. caus. pign. tac. contrah. (XX. 2.) Vgl. auch Unterholzner a. a. O.

i) Z. B. l. 1. l. 14. pr. D. h. t. l. 1. pr. u. l. 2. pr. D. de servit. praed. rust. (VIII. 3.) l. 1. §. 1. D. commun. praed. (VIII. 4.) l. 1. D. si servit. vind. (VIII. 5.) Insbeſondere ergiebt ſich dieß auch daraus, daß ſie *jura* praedior. rust. od. urb. genannt werden. S. §. 84. Note p). — Theophil. II. 2. §. 3. „. . . . τί ἐστι δουλεία οἰκίας; δικαῖόν τι . . . . Δουλεία δὲ ἀγροῦ ἐστι δικαῖόν τι. . . . “ (quid

est servitus aedium? *jus* aliquod .... Servitus autem ruris est *jus* aliquod. ....)

k) l. 11. §. 1. D. de Public. in rem act. (VI. 2.) „ ..... itemque *servitutibus urbanorum praediorum* ...., forte si per *domum* quis *suam passus est* aquaeductum transduci. ....“ Theophil. II. 3. §. 1. „ .... *ποῖαί εἰσι δουλεῖαι τῶν οἰκιῶν; τὸ ἀνέχεσθαί με τῶν βαρῶν τοῦ γείτονος.*“ (quaenam sunt servitutes aedium? ut onera vicini *sustineam.*) — §. 3. in f. I. h. t. „.... nemo ... potest *servitutem* .... *urbani* vel *rustici praedii* ..... *debere*, nisi qui habet praedium;“ u. Theophil. dazu. — Anders Mein. iſt jedoch Unterholzner in der Verjährungslehre §. 191.

l) Z. B. §. 3. I. de reb. incorpor. (II. 2.) l. 44. D. locat. (XIX. 2.) vergl. mit Vatic. Fr. §. 41. u. l. 12. §. 2. D. de usufr. (VII. 1.) — l. 72. pr. D. de verb. oblig. (XLV. 1.), ferner in den hierher gehörigen Titelrubriken der Inſtitut., Digeſt. und des Cod.; desgl. tit. D. de servitut. leg. (XXXIII. 3.) u. ſ. w. — Ein anderer, freylich nicht ganz zuverläſſiger Beweisgrund hierfür läßt ſich auch daraus ableiten, daß in Juſtinian's Inſtitutionen die servit. praediorum früher erörtert werden, als die servit. personarum, (vgl. d. Einleit. §. 35. Note a)), obgleich in den Digeſten die entgegengeſetzte Stellung beyder Lehren befolgt iſt.

m) Ueber die *via* kamen ſchon in den zwölf Tafeln Beſtimmungen vor, Varro de L. L. VI. 2., l. 8. D. de S. P. R. (VIII. 3.) — Cic. pro *Caecin.* c. 19.; doch bezweifeln Hugo in d. Rechtsgeſch. S. 191., u. Puchta in d. Civil. Abhandl. S. 98. fgg., daß dieſe Beſtimmungen auf die via, als Servitut, gegangen ſeyen; was freylich bey der Letztern kaum angenommen werden kann. — Für das hohe Alter der serv. praed. *rust.* ſpricht auch der Umſtand, daß ſie zu den *mancipi* res gerechnet wurden (§. 60. Note c). Auch werden bey Cic. pro *Caecin.* c. 13. 19. u. 26. ziemlich viele Beyſpiele von servit. praed. *rust.* erwähnt; doch kommen bey ihm de Orator. I. c. 38. auch einige Beyſpiele von servit. praed. *urb.* vor; und daß man überhaupt ſchon in den Zeiten der Republik Servituten der letztern Art, ja auch perſönliche, wenigſtens den usus fructus und usus, gekannt habe, beweiſen die von damaligen Juriſten hierüber aufgeſtellten Meinungen; z. B. l. 6. §. 2. D. si servit. vind. (VIII. 5.) — Cic. de fin. I. 4. l. 68. pr. D. de usufr. (VII. 1.) — l. 4. §. 1. D. de usu (VII. 8.) — Ob übrigens auch der Umſtand, daß die *rust.* praed. serv. meiſt mit einem Worte, die *urb.* meiſt mit mehrern ausgedrückt werden, auf das höhere Alter der Erſtern hindeute, wie Hugo in d. Rechtsgeſch. S. 190. Note 1) glaubt, ſteht dahin.

n) l. 14. pr. D. h. t.

o) l. 7. D. quemadm. servit. amitt. (VIII. 6.) l. 2. u. 5. D. de aqua quotid. (XLIII. 20.)

p) Die Zweckmäßigkeit dieſer Eintheilung beſtreitet von Löhr im Magaz. für Rechtswiſſ. B. 3. S. 495. fgg., wogegen ſie Mühlenbruch im Archiv für Civil. Prax. B. 15. S. 382. fgg. in Schutz nimmt.

§. 186.

Allgemeine Grundsätze von den Servituten [a]).

1) An seiner eignen Sache kann man keine Servitut haben [b]). 2) Auch an einer Servitut kann nicht wiederum eine Servitut Statt finden [c]). 3) Die Servitut haftet als Last auf der dienstbaren Sache, und kann daher gegen jeden Besitzer derselben vom Berechtigten geltend gemacht werden [d]). 4) Abgesehen von solchen Eigenthumsbeschränkungen, welche entweder unmittelbar auf gesetzlicher Vorschrift beruhen (§. 149.), oder mit der natürlichen Lage der Grundstücke von selbst verbunden sind [e]), wird, vermöge der natürlichen Freyheit des Eigenthums, die Existenz einer Servitut niemals vermuthet, sondern muß von dem, welcher sie behauptet, bewiesen werden [f]). 5) Eine Servitut muß, um gültiger Weise bestellt werden zu können, dem berechtigten Subject irgend einen Vortheil gewähren [g]), der jedoch nicht gerade ein pecuniärer zu seyn braucht, sondern auch in einer durch die Servitut zu erreichenden Annehmlichkeit bestehen kann [h]). 6) Jede Servitut ist ein mit dem berechtigten Subject unzertrennlich verbundenes Recht (§. 184. Note e)). Daher gehen Prädialservituten mit dem berechtigten Grundstück auf jeden künftigen Erwerber desselben über, können aber ohne selbiges nicht veräußert, oder verpachtet oder verpfändet werden [i]); und persönliche Servituten können eben so wenig von der Person des Berechtigten getrennt werden [k]), als nach seinem Tode auf seine Erben übergehen [l]). 7) Alle Servituten, mit alleiniger Ausnahme des Nießbrauchs, sind juristisch untheilbar [m]), und können daher weder theilweise erworben, noch auch in der Regel theilweise verloren werden [n]); obwohl sie nach Zeit und Ort, so wie auch in Rücksicht der Art ihrer Ausübung, beschränkt seyn können [o]). 8) Der Servitutberechtigte darf zwar alles dasjenige vornehmen, was zum zweckmäßigen Gebrauch seiner Servitut nöthig ist [p]); doch kann er die Ausbesserung der dienenden Sache vom Eigenthümer derselben in der Regel nicht verlangen, vielmehr liegen ihm selbst die zur fernern Ausübung seiner Servitut nöthigen Reparaturen ob [q]). 9) Die Ausübung einer Servitut muß überhaupt *civiliter* d. h. mit möglichster Schonung gegen den Eigenthümer

der dienenden Sache, und genau auf die durch Gesetz, Herkommen oder Willensbestimmung festgesetzte Art geschehen [r]), es wäre denn, daß eine dießfallsige Aenderung der dienenden Sache keinen Nachtheil brächte, oder ihrem Eigenthümer die Servitut dadurch sogar erleichtert würde [s]).

a) Mehrere der hier vorkommenden Grundsätze sind zwar eben so gut auf andere jura in re, als auf Servituten, anwendbar, vgl. von Buchholtz Versuche ꝛc. S. 163. fgg.; doch erscheinen sie bey den Letztern besonders wichtig, und werden daher auch in unsern Quellen nur in dieser Beziehung vorgetragen.

b) l. 26. D. de servit. praed. urb. (VIII. 2.) „. . . . . *nulli . . . . res sua servit.* . . .“ l. 33. §. 1. D. de servit. praed. rust. (VIII. 3.) „. . . . . *nullum praedium ipsum sibi servire . . . . potest.*“ l. 5. pr. D. si ususfr. pet. (VII. 6.) l. 78. pr. D. de jur. dot. (XXIII. 3.) — Wohl aber ist an einer gemeinschaftlichen Sache eine Servitut zum Vortheil des einen Theilhabers möglich. l. 10. D. usufructuar. quemadm. cav. (VII. 9.) l. 27. u. 40. D. de servit. praed. urb. l. 27. in f. D. de servit. praed. rust. Vgl. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 9. S. 7. fgg.

c) l. 1. D. de usu et usufr. per legat. dat. (XXXIII. 2.) „. . . . . *servitus servitutis esse non potest;* . . . . .“ l. 33. §. 1. D. de servit. praed. rust. (VIII. 3.) „. . . . *neque servitutis fructus constitui potest.*“ Ueber den Grund dieses Rechtsprincips s. Büchel a. a. O. S. 12. u. 13. nebst der dazu gehörigen Note 1). Eine Milderung desselben enthält jedoch zugleich die l. 33. §. 1. D. cit. Vgl. Schrader's Civil. Abhandl. S. 321. Anders versteht diese Stelle Büchel a. a. O. S. 14. Note 1).

d) l. 23. §. 2. D. eod. l. 20. §. 1. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) l. 3. C. h. t.

e) l. 1. §. 22. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.) „. . . semper . . . . hanc esse servitutem inferiorum praediorum, ut natura profluentem aquam excipiant. . . .“ Daher spricht man auch wohl von natürlichen Servituten.

f) l. 9. u. 14. D. de S. P. U. (VIII. 2.) l. 16. D. de S. P. R. (VIII. 3.) l. 8. §. 5. u. l. 10. pr. D. si serv. vind. (VIII. 5.) l. 4. 6. 8. 9. u. 11. C. h. t.

g) l. 15. pr. D. h. t. „Quoties nec hominum nec praediorum servitutes sunt, *quia nihil vicinorum interest,* non valet; veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas. . . . .“ Nur scheinbar entgegenstehend ist l. 19. D. h. t. Ueber verschiedene Erklärungen derselben s. Thibaut Civil. Abhandl. Nr. 3., von Löhr im Magaz. für Rechtswiss. S. 489. fgg. u. Th. H. F. Gaedcke an et quo sensu servitus non utilis fundo imponi possit? Rost. 1826.

h) Z. B. l. 3. u. 15. D. de S. P. U. (VIII. 2.) l. 8. §. 1. D. si serv. vind. (VIII. 5.) l. 3. pr. D. de aqua quotid. (XLIII. 20.) Eine Beſchränkung enthält l. 8. pr. D. h. t. Ueber verſchiedene Erklärungen derſelben ſ. Thibaut's Verſuche ꝛc. B. 1. Nr. 1. u. Schrader's Civil. Abhandl. Nr. 6.

i) l. 23. §. 2. u. l. 36. D. de S. P. R. (VIII. 3.) l. 12. D. commun. praed. (VIII. 4.) l. 44. D. locat. (XIX. 2.) l. 11. §. ult. D. de pignor. (XX. 1.) l. 20. §. 1. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.)

k) Gaj. II. §. 30. in f. §. 3. I. de usufr. (II. 4.) l. 15. D. famil. ercisc. (X. 2.)

l) §. 3. I. de usufr. (II. 4) pr. I. de usu (II. 5.) l. 3. §. 3. D. quib. mod. ususfr. amitt. (VII. 4.) l. 37. D. de S. P. R. (VIII. 3.) l. 3. pr. l. 12. u. l. 14. C. de usufr. (III. 33.) Auch dann, wenn eine perſönliche Servitut Jemandem ausdrücklich für ſich und ſeine Erben eingeräumt worden iſt, erliſcht ſie doch mit dem Tode des Berechtigten, fängt aber in der Perſon des Erben von Neuem wieder an. l. 38. §. 12. D. de verb. oblig. (XLV. 1.)

m) l. 17. D. h. t. l. 6. §. 4. D. si servit. vind. (VIII. 5.) l. 5. D. de usufr. (VII. 1.) l. 19. D. de usu (VII. 8.) l. 1. §. 9. D. ad. leg. Falcid. (XXXV. 2.) „Si *ususfructus* legatus sit, *qui et dividi potest, non sicut ceterae servitutes individuae sunt.* . . . . .“ Auch gehört hierher das erſt neuerlich von Cramer wieder entdeckte Fragment des Pomponius: „Et *servitutes dividi non possunt;* nam earum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur, naturam ejus corrumpat.“ Vgl. Cramer in Hugo's Civil. Magaz. B. 6. S. 1—33.

n) l. 11. u. 17. D. h. t. l. 18. u. 32. D. de S. P. R. (VIII. 3.) l. 8. §. 1. D. quemadm. serv. amitt. (VIII. 6.) — S. jedoch l. 8. §. 1. D. h. t. „ . . . . . *per partes servitus retinetur,* licet ab initio per partes acquiri non poterit.“ l. 34. pr. D. de S. P. R. u. l. 140. §. 2. D. de verb. oblig. (XLV. 1.) — Ueber andere Folgen von der Untheilbarkeit der Servituten ſ. z. B. l. 2. §. 2. D. eod. l. 17. D. h. t. — l. 4. §. 3. u. 4. u. l. 6. §. 4. D. si serv. vind. (VIII. 5.) — Vgl. überhaupt Schrader in den Civil. Abhandl. S. 284—306.

o) l. 4. §. 1. u. 2. l. 5. §. 1. u. l. 6. D. h. t. l. 19. §. 4. D. commun. divid. (X. 3.)

p) l. 10. D. h. t. l. 20. §. 1. D. de S. P. U. (VIII. 2.) l. 15. D. de S. P. R. (VIII. 3.) l. 11. D. commun. praed. (VIII. 4.) l. 3. §. 16. u. l. 4. pr. D. de itin. actuque priv. (XLIII. 19.) l. 3. §. 5. D. de aqua quotid. (XLIII. 20.)

q) l. 6. §. 2. D. si serv. vind. (VIII. 5.) „ . . . . . in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem asserit, non ad eum, cujus res servit. . . .“ Ueber eine beſondere Ausnahme davon ſ. §. 190. Note b – d.

r) l. 9. D. h. t. l. 20. §. 4. D. de S. P. U. (VIII. 2.) l. 24. u. 29.

D. de S. P. R. (VIII. 3.) l. 13. §. 1. in f. D. commun. praed. (VIII. 4.) l. 4. §. 1. u. l. 5. §. 1. D. de itin. actuque priv. (XLIII. 19.) l. 2. D. de aqua quotid. (XLIII. 20.) l. 6. C. h. t.

s) l. 20. §. 5. D. de S. P. U. (VIII. 2.) „ . . . . . omnino sciendum est, *meliorem vicini conditionem fieri posse, deteriorem non posse*, nisi aliquid nominatim servitute imponenda immutatum fuerit.“ l. 24. D. eod. l. 15. in f. D. de S. P. R. (VIII. 3.) l. 1. §. 16. u. l. 3. §. 5. in f. D. de aqua quotid. (XLIII. 20.) — Besondere Bestimmungen hierüber in Bezug auf den Usufructuar enthält l. 13. §. 4. seq. D. de usufr. (VII. 1.)

§. 187.

Besondere Grundsätze von den Prädialservituten.

Nächst den zu Anfange dieses Capitels angef. Quellentiteln gehört hierher auch:

Tit. D. communia praediorum tam urbanorum, quam rusticorum (VIII. 4.)

Außer den im vorigen §. vorgetragenen allgemeinen Grundsätzen über Servituten beziehen sich auf Prädialservituten noch folgende besondere Grundsätze: 1) Die zu einer solchen Servitut erforderlichen beyden Grundstücke (§. 185. Note d) u. e)) müssen nicht nur in einer solchen Lage zu einander seyn, daß die Ausübung der Servitut überhaupt möglich ist [a]), sondern auch in der Regel einander so nahe liegen (fundi vicini), daß dadurch die Servitut für den Herrn des herrschenden Grundstücks wirklich vortheilhaft oder interessant wird [b]). 2) Zu einer Prädialservitut ist eine *perpetua causa* erforderlich, d. h. eine solche Beschaffenheit des dienenden Grundstücks, vermöge welcher die Ausübung der Servitut fortdauernd möglich ist, ohne daß dadurch der hierzu erforderliche Vorrath auf dem dienenden Grundstücke erschöpft wird, oder erst durch Menschenhände herbeygeschafft werden muß [c]). Dieser Grundsatz wird vorzugsweise (und dieß scheint ursprünglich die ausschließliche Beziehung gewesen zu seyn,) auf Wasserleitungen und ähnliche, in der Wasserbenutzung bestehende Servituten bezogen, und es können daher dergleichen Servituten eigentlich nur an lebendigem Wasser oder solchen Wasservorräthen, welche durch Quellen stets ergänzt werden, nicht aber auch an solchen, welche nur

von Zeit zu Zeit vorhanden ſind, oder durch Austrocknung verſchwinden könnten, beſtellt werden [e]); doch wurden allmählig bey den Römern manche Milderungen dieſes Princips zugelaſſen [f]). 3) Die Prädialſervitut erſtreckt ſich über das ganze herrſchende Grundſtück und alle Theile, ſo daß ſie auch bey einer materiellen Theilung deſſelben jedem Theile folgt [g]). Eben ſo ruht ſie auch umgekehrt auf dem ganzen dienenden Grundſtück und allen Theilen, ſofern nicht entweder nach der Beſchaffenheit der Servitut ſelbſt, oder nach ausdrücklicher Willensbeſtimmung nur ein beſonderer Theil des Grundſtücks als eigentlich dienſtbar zu betrachten iſt [h]). Ueberhaupt aber iſt, wenn ein beſtimmter Raum des Letztern zur Ausübung der Servitut hinreicht, die Wahl des Platzes mit ſchonender Rückſicht gegen den Eigenthümer zu treffen, und der einmal gewählte Platz beyzubehalten [i]). 4) Geſchieht die Beſtellung einer Prädialſervitut aus Rückſicht auf das Bedürfniß des herrſchenden Grundſtücks, ſo kann ſie auch nicht weiter gehen, als das Bedürfniß es erheiſcht [k]). 5) Nach der Strenge des Civilrechts waren bey der Beſtellung einer Prädialſervitut Bedingungen und Zeitbeſtimmungen unſtatthaft; doch milderte ſich dieſe Strenge unter dem Einfluſſe des prätoriſchen Rechts, ſo daß, wer gegen die verabredeten Beſtimmungen eine Servitut in Anſpruch nahm, durch die pacti oder doli exceptio zurückgewieſen werden konnte [l]).

a) l. 14. §. 2. D. h. t. (VIII. 1.) l. 1. pr. l. 38. u. 39. D. de S. P. U. (VIII. 2.) l. 7. §. 1. u. l. 38. D. de S. P. R. (VIII. 3.) l. 7. §. 1. D. h. t. (VIII. 4.) l. 4. §. 8. l. 5. u. l. 6. pr. D. si servit. vindic. (VIII. 5.) l. 17. §. 2. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.)

b) l. 5. §. 1. D. de S. P. R. (VIII. 3.) l. 12. D. de pignor. (XX. 1.) Daher werden auch die Intereſſenten ſelbſt bey den Prädialſervituten oft *vicini* genannt, z. B. l. 15. D. h. t. (VIII. 1.) l. 20. §. 5. in f. u. l. 41. §. 1. D. de S. P. U. (VIII. 2.) l. 3. §. 1. u. 2. D. de S. P. R. (VIII. 3.) — Ueber die jener Regel ſcheinbar entgegenſtehende l. 6. pr. D. h. t. (VIII. 4.) „ . . . . . parvique refert, vicinae sint ambae aedes, an non. . . . “ ſ. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 10. S. 35. fgg. u. Thibaut's Civil. Abhandl. S. 44. fgg.

c) l. 28. D. de S. P. U. (VIII. 2.) „ . . . . . Omnes autem servitutes praediorum *perpetuas causas habere debent* . . . . . “ und unmittelbar vorher: „ . . . . . neque enim *perpetuam causam* ha-

bet, quod manu fit: at quod ex coelo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur.“ Vgl. Schrader's Civil. Abhandl. S. 306—318.

d) Daher kommen zur Bezeichnung der perpetua causa bey dergleichen Servituten auch die Ausdrücke vor: *lacus perpetuus*, l. 23. §. 1. D. de S. P. R. (VIII. 3.): *aqua perennis*, l. 1. §. 5. D. de aqua quotid. (XLIII. 20.), *viva aqua*, l. un. §. 4. D. de fonte (XLIII. 22.)

e) l. un. §. 4. D. cit. „ . . . . . cisterna non habet perpetuam causam, nec vivam aquam; ex quo apparet, in his omnibus exigendum, ut viva aqua sit; cisternae autem imbribus concipiuntur. . . .“ l. 28. D. de S. P. U. (VIII. 2.) „ . . . . . et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquaeductus potest. . . . “

f) l. 2. D. h. t. (VIII. 4.) l. 9. D. de S. P. R. (VIII. 3.)

g) l. 23. §. 3. u. l. 25. D. eod. l. 6, §. 1. D. quemadm. serv. amitt. (VIII. 6.)

h) l. 9. D. h. t. (VIII. 1.) l. 2. 4. u. 6. D. de S. P. U. (VIII. 2.) l. 21. D. de S. P. R. (VIII. 3.) l. 15. D. commun. praed. (VIII. 4.) l. 8. D. de aqua quotid. (XLIII. 20.)

i) l. 8. D. cit. l. 9. D. h. t. (VIII. 1.) l. 13. §. 1. u. l. 22. D. de S. P. R. (VIII. 3.)

k) l. 5. §. 1. u. l. 6. D. eod.

l) l. 4. pr. D. h. t. (VIII. 1.) Vgl. Schrader a. a. O. S. 324—332. — Auch bey gewissen Arten der Bestellung des Nießbrauchs war ehedem die Zulässigkeit von dergleichen Nebenbestimmungen bestritten, Vatic. Fragm. §. 49. u. 50; wovon sich jedoch im Justinianischen Rechte keine Spur mehr findet. l. 4. D. de usufr. (VII. 1.) l. un. §. 3. D. quando dies ususfr. leg. ced. (VII. 3.)

Zweites Capitel.

Von den einzelnen Beyspielen der Servituten.

§. 188.

Allgemeine Bemerkungen hierüber.

Von Prädialservituten kommen zwar ziemlich viele Beyspiele in unsern Quellen vor (§. 189. u. 190.); indessen darf man darum doch die Zahl derselben nicht für abgeschlossen halten; vielmehr können, unter Voraussetzung der rechtlich bestimmten Erfordernisse, so mancherley Prädialservituten errichtet werden, als Fälle vorkommen können, wo durch die Bestellung einer solchen Servitut einem Bedürfnisse des herrschenden

Grundstücks abgeholfen, oder dessen Annehmlichkeit und Werth erhöht wird [a]), und es sind demnach die in unsern Quellen namentlich aufgeführten Prädialservituten nur als die gewöhnlichsten und hauptsächlichsten Beyspiele derselben zu betrachten. — Zu den persönlichen Servituten aber werden nur folgende vier Rechte gerechnet: Das Nießbrauchsrecht (ususfructus), das Gebrauchsrecht (usus), das Wohnungsrecht (habitatio) und das Recht auf die Dienste eines fremden Sclaven oder Thieres (operae servorum oder animalium). — Uebrigens können auch solche Servituten, welche regelmäßig zu den Prädialservituten gehören, Jemandem ausdrücklich nur für seine Person, und also nicht als ein mit seinem Grundstück in Verbindung tretendes Recht, eingeräumt werden [b]), obschon auch dann die besondern Erfordernisse der Prädialservituten in Betracht kommen [c]); und eben so kann eine Servitut, welche regelmäßig als urbani praedii servitus vorkommt, in einem bestimmten Falle als rustici praed. serv. bestellt werden, und umgekehrt, ohne darum ihre ursprüngliche rechtliche Natur zu ändern [d]). Dergleichen Servituten pflegt man *irregulares* zu nennen (§. 185. Note p)).

a) Z. B. l. 3. §. 1. u. 2. u. l. 6. §. 1. D. de S. P. R. (VIII. 3.) u. l. 14. §. 3. in f. D. de aliment. legat. (XXXIV. 1.)

b) l. 4. l. 6. pr. u. l. 37. D. de S. P. R. (VIII. 3.)

c) Namentlich das Erforderniß, daß der Servitutberechtigte ein benachbartes Grundstück habe. l. 14. §. 3. D. de aliment. legat. (XXXIV. 1.) Vgl. Mühlenbruch im Archiv f. d. Civil. Prax. B. 15. S. 382. fgg.

d) Z. B. l. 11. §. 1. D. de Public. in rem act. (VI. 2.) vergl. mit l. 1. pr. D. de S. P. R. (VIII. 3.) — l. 7. §. 1. u. l. 14. D. commun. praed. (VIII. 4.) vergl. mit l. 1. pr. D. cit. — l. 1. pr. D. de cloac. (XLIII. 23.) vergl. mit l. 2. pr. D. de S. P. R. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 383. — Wahrscheinlich waren auch die Römischen Juristen bey einigen Servituten darüber, ob sie zu den rusticorum oder urbanorum praed. serv. zu rechnen seyen? verschiedener Meinung, wie sich aus §. 2. I. de servitut. (II. 3.) abnehmen läßt. Vgl. auch von Buchholtz in den Versuchen ꝛc. S. 161. fgg. Note 13).

§. 189.

A) Prädialſervituten: 1) *Servitutes praediorum rusticorum.*

Tit. D. de servitutibus praediorum rusticorum. (VIII. 3.)

Unter den rusticorum praediorum servitutes ſind die vier: *via*, *iter*, *actus*, *aquaeductus*, wahrſcheinlich die älteſten, und nach der Anſicht der Römer zugleich auch die wichtigſten Beyſpiele, wie ſich nicht blos aus ihrer Unentbehrlichkeit für die Landwirthſchaft, ſondern insbeſondere auch daraus abnehmen läßt, daß ſie in unſern Quellen oft neben einander erwähnt, und vor den übrigen Feldſervituten hervorgehoben werden, und zwar bald in der bereits angegebenen, bald auch in folgender Ordnung: *iter*, *actus*, *via*, *aquaeductus* [a]). — *Iter* im techniſchen Sinne [b]), oder *itineris servitus* [c]) bezeichnet die Fußſteigsgerechtigkeit, d. h. das Recht, über ein fremdes Grundſtück zu gehen [d]), zu reiten, oder ſich tragen zu laſſen [e]). — *Actus* in der hierher gehörigen Bedeutung [f]), oder *actus servitus* [g]) heißt das Recht, über das dienende Grundſtück Vieh zu treiben und zu fahren [h]). Es kann indeſſen der actus auch blos auf das Recht des Viehtriebs beſchränkt ſeyn (actus minus plenus*) [i]). Wem der actus zuſteht, der hat in der Regel auch zugleich das iter, nicht aber umgekehrt [k]); doch kann auch bey der Beſtellung des actus das iter ausdrücklich ausgeſchloſſen werden, ſofern nämlich der Weg zu andern Zwecken, als zum Viehtrieb, benutzt werden ſoll [l]). Uebrigens iſt ſowohl bey'm actus, als bey'm iter, die Breite des Wegs, in Ermangelung einer ausdrücklichen Willensbeſtimmung der Intereſſenten hierüber, durch richterliches Ermeſſen zu beſtimmen [m]). — *Via* in dem hierher gehörigen Sinne [n]), auch *viae servitus* [o]) oder *jus viae* (a. u.) [p]) genannt, bezeichnet die Fahrwegsgerechtigkeit [q]), und iſt unter den Wegeſervituten die umfaſſendſte. Denn ſie enthält nicht nur das iter und den actus allemal in ſich [r]), ſondern auch außerdem, wenigſtens nach der vorherrſchenden Meinung der Römiſchen Juriſten, noch einige Rechte mehr, als der actus, namentlich die Befugniß, Steine und Balken durch das dienende Grundſtück zu ſchleifen, und Stangen aufrecht (hasta recta, a. u.) durch daſſelbe zu

tragen, ſofern nur dadurch die Früchte nicht beſchädigt werden [s]). Ueberdieß iſt bey der via auch die Breite des Weges geſetzlich beſtimmt, was bey'm iter und actus nicht der Fall iſt [t]). Sie ſoll nämlich, zufolge einer Beſtimmung der zwölf Tafeln, in gerader Richtung 8. Fuß, in der Beugung aber 16. Fuß betragen [u]). Doch kann durch den Willen der Intereſſenten auch eine größere oder geringere Breite der via beſtimmt werden; nur muß es immer noch möglich bleiben, mit einem Wagen über den dießfallſigen Weg zu fahren; denn ſonſt würde keine via, ſondern nur ein iter vorhanden ſeyn, oder höchſtens ein actus, wenn die Breite des Weges doch noch zum Viehtreiben hinreichend wäre [v]). — *Aquaeductus* als Servitut genommen [x]), auch *servitus aquaeductus* oder *ductus aquae* oder *aquae ducendae* (od. deducendae), oder *aquae ducendae jus* (a. u.) genannt [y]), bezeichnet die Waſſerleitungsgerechtigkeit, d. h. das Recht, Waſſer durch das dienende Grundſtück, oder auch aus der Quelle oder dem Waſſervorrathe des Andern zu leiten [z]). Darf oder pflegt das Waſſer nur im Sommer geleitet zu werden, ſo heißt es *aqua aestiva*, im entgegengeſetzten Falle aber *aqua quotidiana*, wenn es auch nicht gerade täglich geleitet wird, oder auch ſogar nur mit gewiſſen Zwiſchenräumen geleitet werden darf [aa]). Ueberhaupt aber darf das Waſſer in der Regel nur durch Röhren, nicht auch durch ſteinerne Canäle geleitet werden, wenn dieß nicht ausdrücklich bey Beſtellung der Servitut dem Berechtigten geſtattet war [bb]). Uebrigens iſt von dieſer auf Herbeyſchaffung des Waſſers berechneten Servitut zu unterſcheiden das Recht, Waſſer aus ſeinem Grundſtücke durch oder auf ein fremdes abzuleiten (aquam educere oder immittere in fundum) [cc]). — Außer den bisher genannten Servituten aber gehören zu den rusticorum praed. servit. auch noch folgende: Der *aquae haustus* (a. u.), oder auch *haustus* ſchlechthin, oder *haustus servitus*, oder *servitus aquae hauriendae* (a. u.) oder *hauriendi jus* genannt, d. h. das Recht, aus der Quelle oder dem Waſſervorrathe eines Andern Waſſer zu ſchöpfen, wobey ſich das iter, inſoweit es zum Waſſerſchöpfen nöthig iſt, von ſelbſt verſteht [dd]). — Der *pecoris ad aquam appulsus*, oder die *pecoris ad aquam appellendi servitus*, d. h. das Recht, Vieh auf das dienende Grundſtück zur Tränke zu treiben [ee]).

— Das *jus pascendi*, oder die *pecoris pascendi servitus*, oder *pascui servitus* (Huth- und Weidegerechtigkeit), d. h. das Recht, Vieh auf dem dienenden Grundstück zu weiden ff). — Die *navigandi servitus*, d. h. das Recht, den See eines Andern zu durchschiffen, um zu einem benachbarten Grundstück zu gelangen gg). — Die *calcis coquendae servitus* oder *jus* (a. u.) d. h. das Recht, Kalk auf fremdem Eigenthum zu löschen; die *cretae eximendae servitus* oder *jus*, d. h. das Recht, Thon oder Kreide aus dem fremden Grundstück zu entnehmen; das *jus lapidis eximendi*, d. h. das Recht, Steine aus fremdem Eigenthum zu holen; das *jus arenae fodiendae*, d. h. das Recht, Sand aus dem fremden Grundstück auszugraben; das *jus silvae caeduae*, d. h. das Recht, in einer fremden Waldung Holz zu fällen, besonders auch zum Behuf der Pfähle für Weinstöcke hh). — Endlich gehören hierher noch verschiedene andere Servituten, die nicht mit besondern technischen Ausdrücken bezeichnet werden, z. B. das Recht, Früchte auf dem Landgute des Nachbarn einzusammeln und aufzubewahren; das Recht, bey Benutzung eines Steinbruchs Erde, Schutt (rudus) und Steinmassen auf das dienende Grundstück zu werfen, und bis zur Fortschaffung daselbst liegen zu lassen; ferner das Recht, eine Hütte (tugurium), als Zufluchtsort bey der Ausübung der Hutungsgerechtigkeit oder Viehtränke, auf dem dienenden Grundstück zu haben ii). — Daß übrigens im ältern Rechte die jura praediorum rusticorum auf Italischem Grund und Boden *mancipi* res waren, ist bereits im §. 60. bemerkt worden.

a) Z. B. Ulp. XIX. §. 1. Paul. I. 17. §. 1. l. 5. pr. u. l. 17. D. de servitut. (VIII. 1.) l. 26. D. h. t. l. 12. D. de pignor. (XX. 1.) l. 17. §. 2. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.) l. 7. D. de aqua quotid. (XLIII. 20.) — pr. I. de servitut. (II. 3.) l. 1. pr. D. h. t. l. 3. §. 2. D. de action. emt. (XIX. 1.) l. 1. D. de usu et usufr. per legat. dat. (XXXIII. 2.) l. 4. D. de aqua quotid. — Bey Cic. pro *Caecin.* c. 26. werden jedoch folgende vier Servituten neben einander aufgeführt: *aquaeductus, haustus, iter, actus;* und überhaupt findet sich, was allerdings auffallend ist, bey Cicero nirgends eine Erwähnung der *via* in dem hierher gehörigen Sinne. — Ueber die Wegeservituten vgl. insbesondere F. A. Biener de differentiis itineris, actus et viae genuinis. Lips. 1804. u. Puchta's Civil. Abhandl. Nr. 3., welcher Letztere a. a. O. S. 160. fgg. gegen die gewöhnliche

Meinung auszuführen ſucht, daß iter und actus ältere Wegſervituten ſeyen, als die via.

b) Denn im vulgären Sinne bedeutet *iter* auch in unſern Quellen theils den Weg, theils die Handlung des Gehens oder Reiſens. Vgl. Brisson. unter dieſem Worte.

c) Z. B. l. 14. §. 2. D. de servitut. (VIII. 1.) l. 1. pr. D. de S. P. U. (VIII. 2.) l. 17. §. 2. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.)

d) pr. I. de servitut. (II. 3.) „. . . . . *Iter* est jus eundi ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi vel vehiculum; . . . . . " l. 1. pr. D. h. t. — Uebrigens kann auch bey einem Gebäude das iter als Durchgangsſervitut vorkommen. l. 7. §. 1. u. l. 14. D. commun. praed. (VIII. 4.)

e) l. 7. pr. u. l. 12. D. h. t.

f) Ueber eine andere, hierher nicht gehörige Bedeutung von *actus* ſ. §. 68. Note c).

g) Z. B. l. 1. pr. D. de S. P. U. (VIII. 2.) l. 17. §. 2. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.)

h) pr. I. de servitut. (II. 3.) u. l. 1. pr. D. h. t. „. . . . . *Actus* est jus agendi vel jumentum vel vehiculum. . . . . " l. 7. pr. u. l. 12. D. h. t.

i) l. 13. D. de servitut. (VIII. 1.) Vgl. übrigens Puchta a. a. O. S. 124. fgg.

k) pr. I. eod. (II. 6.) u. l. 1. pr. D. h. t. „. . . . . Itaque qui iter habet, actum non habet; qui actum habet, et iter habet etiam sine jumento . . . . . " l. 2. D. quemadm. serv. amitt. (VIII. 6.) l. 1. D. de adim. legat. (XXXIV. 4.) „Qui actu legato iter adimat, nihil adimit, quia *nunquam actus sine itinere esse potest.*"

l) l. 4. §. 1. D. si serv. vind. (VIII. 5.) „Qui iter sine actu, vel *actum sine itinere habet*, actione de servitute utetur." Ueber die Vereinigung dieſer Stelle mit den in der vorigen Note citirten ſ. Puchta a. a. O. S. 119. fgg.

m) l. 13. §. 2. D. h. t.

n) Denn im Allgemeinen bezeichnet *via* jedweden Weg. l. 157. §. 1. D. de verb. signif. (L. 16.) l. 2. §. 22. D. ne quid in loco publ. (XLIII. 8.) Aber auch in der Lehre von den Servituten wird dieſes Wort für die örtliche Grundlage einer Weggerechtigkeit, alſo für den Weg ſelbſt, gebraucht, und zwar eben ſowohl bey'm iter und actus, l. 13. §. 1. D. h. t., als bey der viae servitus, l. 8. D. h. t. l. 14. D. de oper. nov. nunciat. (XXXIX. 1.) Daß aber *via* auch für Wegſervitut überhaupt, als Gattungsbegriff, vorkomme, wie Puchta a. a. O. S. 150. behauptet, geht aus den dafür citirten Stellen, l. 13. D. de servitut. (VIII. 1.) l. 14. D. h. t. u. l. 6. D. quemadm. serv. amitt. (VIII. 6.), wenigſtens nicht mit Beſtimmtheit hervor.

o) Z. B. l. 17. §. 2. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.)

p) Z. B. l. 6. §. 1. D. quemadm. serv. amitt. (VIII. 6.) l. 1. §. 2. D. de itin. actuque priv. (XLIII. 19.)

q) pr. I. de servitut. (II. 3.) u. l. 1. pr. D. h. t. „ . . . . . *Via* est jus eundi et agendi et ambulandi; . . . . . "

r) pr. I. cit. u. l. 1. pr. D. cit. „ . . . . . nam et iter et actum in se via continet. . . . " Theophil. II. 3. pr. „ . . . . . ὥστε οὖν τὸ via ταῦτα ἔχει, ἃ καὶ τὸ actus . . . . " (itaque via eadem habet, quae et actus). Daher kommen auch die Ausdrücke: *ire, agere* und *iter et actus*, zur Bezeichnung der *via* nach ihren wesentlichen Bestandtheilen vor, z. B. l. 9. D. de servitut. (VIII. 1.) l. 9. pr. D. si serv. vind. (VIII. 5.) l. 6. §. 1. D. quemadm. serv. amitt. (VIII. 6.) l. 13. §. 1. D. de acceptil. (XLVI. 4.)

s) l. 7. pr. D. h. t. — Ueber verschiedene Deutungen des in der via enthaltenen Rechts, eine hasta recta durch das dienende Grundstück zu tragen, s. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 10. S. 162., u. Puchta a. a. O. S. 152. Note 8.

t) l. 13. §. 2. D. h. t.

u) l. 8. D. h. t „Viae latitudo ex lege duodecim tabularum *in porrectum octo pedes* habet, *in anfractum*, id est, ubi flexum est, *sedecim*." Varro de L. L. VI. 2. „ . . . . . leges jubent *in directo pedum octo* esse, *in amfracto sexdecim*, id est, in flexu." Die Worte in anfractum oder in amfracto versteht Hugo in d. Rechtsgesch. S. 190. Note 2. von einem völligen Umkehren (cul-de-sac); allein dieser Meinung scheint, außer den von Puchta a. a. O. S. 102. fgg. dagegen angeführten Gründen, auch schon die von Gajus und Varro gegebene Erklärung jener Worte entgegen zu stehen. — Puchta a. a. O. S. 103. fgg. u. 158. fgg. will jene Worte nach dem ursprünglichen Sinne des Gesetzes auf jede Kreuzung solcher limites, welche zugleich auch Wege seyn sollten, bezogen wissen.

v) l. 23. pr. D. h. t. l. 13. D. de servitut. (VIII. 1.) — Auf die oben angegebenen Unterschiede zwischen actus und via macht Theophil. II. 3. pr. in den Worten aufmerksam: „ . . . . διαφοραὶ δέ εἰσιν ἐν ἑτέροις, ἃς μαθησόμεθα ἐν τοῖς Διγέστοις." (ceteroquin autem differentiae sunt, quas discemus in Digestis.) — Uebrigens sucht Puchta a. a. O. S. 116. 127. u. 156. fgg. den Unterschied jener beyden Servituten in der Beschaffenheit der Wege selbst, indem bey'm actus eben so wenig, als bey'm iter, an sich von einem bestimmten Wege die Rede sey, vielmehr der Berechtigte seinen Weg über jeden Theil des dienenden Grundstücks nehmen könne, sofern dieß ohne vermeidlichen Schaden der Früchte u. s. w. geschehe; während dagegen die charakteristische Eigenschaft der via in der Nothwendigkeit eines festbestimmten Weges, als eines Theils des Grund und Bodens, einer eigentlichen Straße, bestehe.

x) Denn außerdem bedeutet *aquaeductus* oder *ductus aquae* auch die Wasserleitung selbst, d. h. den Gang des geleiteten Wassers (iter aquae).

l. 11. §. 1. D. de Public. in rem act. (VI. 2.) l. 2. §. 1. u. 2. D. h. t. l. 29. §. 1. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) l. 26. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.) l. 1. §. 12. l. 3. §. 4. l. 4. u. 8. D. de aqua quotid. (XLIII. 20.)

y) Cic. pro *Caecin.* c. 26. Paul. I. 17. §. 1. u. 2. l. 9. D. h. t. l. 10. pr. D. si serv. vind. (VIII. 5.) l. 4. D. de aqua quotid. (XLIII. 20.) l. un. §. 1. D. de fonte (XLIII. 22.) l. 3. 10. u. 12. C. de servitut. (III. 34.)

z) Nur den erstern Fall berücksichtiget die Legaldefinition in pr. I. de servitut. (II. 3.) u. l. 1. pr. D. h. t. „ . . . . . *Aquaeductus* est jus aquam ducendi per fundum alienum.“ Auf den zweiten Fall aber bezieht sich z. B. l. 9. D. h. t. u. l. 4. D. de aqua quotid. (XLIII. 20.) — Uebrigens kann auch durch ein Gebäude eine Wasserleitung geführt werden. l. 11. §. 1. D. de Public. in rem act. (VI. 2.) — Auf öffentliche Wasserleitungen bezieht sich tit. C. de aquaeductu (XI. 42.)

aa) l. 1. §. 2. u. 3. D. de aqua quotid. (XLIII. 20.)

bb) l. 17. §. 1. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.) — l. 15. D. h. t.

cc) l. 20. D. h. t. u. l. 8. §. 5. D. si serv. vind. (VIII. 5.)

dd) Cic. pro *Caecin.* c. 26. Paul. I. 17. §. 2. §. 2. I. de servitut. (II. 3.) l. 14. §. 2. D. eod. (VIII. 1.) l. 1. §. 1. l. 3. §. 3. l. 9. u. l. 20. §. 3. D. h. t. l. 10. D. de S. P. U. (VIII. 2.) l. 14. §. 3. D. de aliment. leg. (XXXIV. 1.) l. 17. §. 2. u. 4. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.) l. 1. §. 6. in f. D. de aqua quotid. (XLIII. 20.) l. un. §. 1. D. de fonte (XLIII. 22.) — Uebrigens bezeichnet *haustus aquae* oder *haustus* schlechthin auch die zum Wasserschöpfen dienende Anlage. l. 1. §. 5. D. eod. l. 2. §. 1. u. 2. D. h. t.

ee) §. 2. I. de servitut. (II. 3.) l. 1. §. 1. u. l. 4. D. h. t. l. 14. §. 3. D. de aliment. leg. (XXXIV. 1.)

ff) §. 2. I. de servitut. (II. 3.) l. 1. §. 1. l. 3. pr. l. 4. u. l. 6. §. 1. D. h. t. Es scheint jedoch diese Servitut bey den Römern nicht von so großer Bedeutung, als heut zu Tage, gewesen zu seyn, wie sich aus ihrer seltenen und unbestimmten Erwähnung in unsern Quellen abnehmen läßt. Vgl. von Savigny's Recht des Besitzes S. 539. Note 1) g. d. E.

gg) l. 23. §. 1. D. h. t.

hh) §. 2. I. de servitut. (II. 3.) l. 1. §. 1. l. 5. §. 1. u. l. 6. §. 1. D. h. t.

ii) l. 3. §. 1. u. 2. u. l. 6. §. 1. D. h. t.

§. 190.

2) Servitutes praediorum urbanorum.

Tit. D. de servitutibus praediorum urbanorum. (VIII. 2.)

Die hauptsächlichsten Beyspiele der urbanorum praediorum servitutes sind folgende: 1) Die *serv. oneris ferendi*, welche darin besteht, daß die Mauer oder Säule des Nachbarn das Gebäude des Servitutberechtigten, oder einen Theil davon, tragen muß [a]). Bey dieser Servitut kommt das Besondere vor, daß die Reparatur der dienenden Mauer oder Säule nicht, wie es die Regel mit sich bringen würde (§. 186. Nr. 8.), dem Servitutberechtigten, sondern vielmehr dem Eigenthümer derselben, und zwar nach der bey Errichtung der Servitut hierüber getroffenen Bestimmung [b]), obliegt [c]); was nach der in unsern Quellen ausgesprochenen Ansicht aus der Art und Weise, oder dem Sinne und Zwecke der Bestellung einer solchen Servitut abzuleiten ist [d]). Doch braucht der Servitutpflichtige während der Reparatur seines Gemäuers den aufruhenden Theil vom Gebäude des Berechtigten nicht zu stützen [e]), und kann auch selbst der Verbindlichkeit zur Reparatur durch Aufgebung seines Eigenthums an der dienenden Sache entgehen [f]). 2) Die *serv. immittendi ligna* (in parietem vicini), oder *tigni immissi serv.*, d. h. das Recht, Balken in die Wand oder Mauer des Nachbarn einzulegen [g]). Diese Servitut kann, nach Maaßgabe ihrer Bestellung, auch so weit gehen, daß der Berechtigte auf den in die Mauer des Nachbarn eingelegten Balken Etwas errichten darf, z. B. einen bedeckten Säulengang zum Herumgehen (porticus ambulatoria) [h]). 3) Die *serv. projiciendi* und *protegendi*, d. h. das Recht, von seinem Gebäude aus einen Vorbau (projectum oder protectum), z. B. einen Erker oder ein Wetterdach, in den Luftraum des Nachbarn (§. 55. z. E.) hinüberragen zu lassen [i]). — 4) Die *serv. stillicidii* oder *stillicidiorum serv.*, oder *stillicidii immittendi jus*, oder *jus stillicidium avertendi* (in tectum vel aream vicini) [k]), oder nach einer in Justinian's Institutionen vorkommenden Umschreibung: *ut stillicidium recipiat quis in aedes suas, vel in aream, vel in cloacam* [l]), d. h. das Recht, die Dachtraufe von seinem Hause auf das Grundstück

des Nachbarn, der sie aufnehmen muß, abzuleiten. Dieser Servitut entgegengesetzt ist das *jus stillicidium non avertendi*[m]), oder nach der in den Institutionen vorkommenden Umschreibung: *ut stillicidium quis in aedes suas, vel in aream, vel in cloacam non recipiat*[n]), welches nach Theophilus darin bestehen soll, daß der Nachbar seine Dachtraufe nicht auf des Berechtigten Grundstück herüberleiten dürfe[o]). Doch kann dieß als Servitut im eigentlichen Sinne wohl nur unter der Voraussetzung vorkommen, wenn nach den besondern Gesetzen oder Gewohnheiten eines Orts der Hauseigenthümer befugt ist, seine Dachtraufe auf das Grundstück des Nachbarn herüberzuleiten, so lange dieser nicht ein jener Eigenthumsbefugniß entgegenstehendes Recht, als Servitut, erworben hat[p]). Es läßt sich indessen die in Frage stehende Servitut nach der oberwähnten Umschreibung in den Institutionen auch so deuten, daß sie in dem Rechte bestehe, vom Eigenthümer der dienstbaren Sache zu verlangen, daß nicht er selbst die Dachtraufe von seinem Hause auffange, sondern sie vom Berechtigten auf dessen Grundstück herüberleiten lasse[q]). Uebrigens ist ganz nach der Analogie der stillicidiorum servitus auch die *fluminum serv.*, ebenfalls in der doppelten Beziehung: *ut flumen recipiat quis* (in aedes suas, vel in aream vel in cloacam), vel *non recipiat*, zu beurtheilen[r]). *Flumen* heißt hier nämlich das in stärkerm Maaße, oder stromweise herabfließende Regenwasser[s]). 5) Die *altius tollendi serv.* oder das *jus altius* (aedes suas) *tollendi*[t]), und das *jus altius non tollendi* (od. *extollendi* od. *ne altius tollatur* u. dgl.)[u]). Die letztere Servitut besteht nach der gewöhnlichen, und wohl auch richtigen Erklärung darin, daß das dienstbare Haus nicht höher, als es jetzt ist, oder wenigstens nicht über eine bestimmte Höhe hinaus gebaut werden darf[v]); die Erstere aber, die freylich sehr bestritten ist, wahrscheinlich in dem Rechte, sein Haus höher, als es nach den auf den Vortheil der Nachbarn abzweckenden Gesetzen oder Gewohnheiten eines Orts im Allgemeinen gestattet ist[x]), zu bauen[y]), sey es ohne alle Beschränkung (in infinitum), oder bis auf ein gewisses Maaß[z]); weßhalb mit dieser Servitut auch das *jus officiendi luminibus vicini*, d. h. das Recht, dem Nachbar das Licht zu verbauen, in Verbindung steht[aa]). 6) Die *luminum serv.* oder das *jus luminis immittendi*,

worunter wohl am richtigſten das Recht zu verſtehen iſt, in einer fremden oder gemeinſchaftlichen Wand Fenſter oder Lichtöffnungen anzulegen[bb]). Aber auch das Recht, in ſeiner eigenen Wand nach dem Grundſtücke des Nachbarn zu Fenſter anzubringen, ſey es um des Lichtes willen (luciferae fenestrae), oder der Ausſicht wegen (prospectivae fenestrae), kann unter der Vorausſetzung als Servitut vorkommen, wenn dieß der Nachbar vermöge beſonderer Geſetze oder Ortsgewohnheiten eigentlich nicht zu leiden brauchte[cc]); und auf eine ſolche Servitut iſt wohl der Ausdruck *jus prospiciendi* zu beziehen[dd]). 7) Die *serv. ne luminibus officiatur*[ee]), welche darin beſteht, daß der Nachbar auf ſeinem Grundſtücke Nichts vornehmen darf, wodurch dem berechtigten Grundſtücke das Licht entzogen oder vermindert werden würde, ſey es durch Höherbauen[ff]), oder durch andere Anlagen, z. B. Anpflanzung von Bäumen u. dgl.[gg]). Aehnlich, jedoch von noch weiterm Umfange, iſt die *serv. ne prospectui officiatur*, od. *ne prospectus offendatur*, od. *de prospectu*, welche in dem Verbietungsrechte gegen den Nachbar beſteht, daß er auf ſeinem Grundſtücke Nichts vornehme, wodurch dem berechtigten Grundſtücke die freye Ausſicht entzogen oder auch nur geſchmälert werden würde[hh]). 8) Das *jus cloacae mittendae*, d. h. das Recht, einen Abzugscanal durch das Haus oder Grundſtück des Nachbarn zu leiten[ii]). 9) Außerdem kommen auch noch manche andere Servituten, ohne beſtimmte techniſche Bezeichnungen, in unſern Quellen vor, z. B. das Recht, den Rauch oder andere Dünſte durch den Rauchfang des Nachbarn oder nach dem Grundſtücke deſſelben abzuleiten[kk]); desgleichen das Recht, eine Miſtgrube (sterculinium) an der Wand des Nachbarn anzulegen[ll]).

a) §. 1. I. de servitut. (II. 3.) l. 6. §. 2. D. si serv. vind. (VIII. 5.)

b) l. 6. §. 2. u. 5. D. eod.

c) l. 6. §. 2. u. l. 8. pr. u. §. 2. D. eod. Freylich war dieß unter den Röm. Juriſten in der letztern Zeit der Republik beſtritten. l. 6. §. 2. D. cit. „. . . . . Et Gallus putat, non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet; nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem asserit, non ad eum, cujus res servit. Sed evaluit Servii sententia in proposita specie, ut possit quis defendere,

jus sibi esse, cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. . . . . "

d) l. 33. D. h. t. „Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cujus essent aedes, quae servirent, non eum, qui imponere vellet; nam cum in lege aedium ita scriptum esset: *paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit,* satis aperte significari, in perpetuum parietem esse debere; non enim hoc his verbis dici, ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti ejusdem modi paries in perpetuum esset, qui onus sustineret. . . . " Unſere Juriſten aber haben über den Grund jener Abweichung von der Regel viel geſtritten. Vgl. insbeſondere Mühlenbruch im Archiv f. d. Civil. Prax. B. 14. Nr. 14., deſſen eigne Meinung dahin geht: daß dieſes beſondere Recht der serv. oneris ferendi, der Hauptſache nach, für eine Anwendung des bekannten Nachbar-Rechts, wonach der Eigenthümer einer baufälligen Sache entweder repariren, oder dem klagenden Nachbar wegen des damnum infectum Caution beſtellen muß, zu halten ſey, freylich mit der Anomalie, daß hier aus der lex servitutis auf Vornahme der Reparatur geklagt werden könne.

e) l. 8. pr. D. si serv. vind. (VIII. 5.)

f) l. 6. §. 2. in f. D. eod. „. . . . . Labeo autem, hanc servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere, scribit."

g) §. 1. I. de servitut. (II. 3.) l. 2. u. l. 6. D. h. t. l. 8. §. 1. u. 2. D. si serv. vind. (VIII. 5.)

h) l. 8. §. 1. D. cit.

i) §. 2. I. de action. (IV. 6.) l. 1. pr. u. l. 2. D. h. t. l. 29. §. 1. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) l. 242. §. 1. D. de verb. signif. (L. 16.) „Inter *projectum* et *immissum* hoc interesse ait Labeo, quod *projectum* esset id, quod ita proveheretur, ut nusquam requiesceret, qualia moeniana et suggrundae essent, *immissum* autem, quod ita fieret, ut aliquo loco requiesceret, veluti tigna, trabes, quae immitterentur."

k) l. 1. pr. l. 2. l. 17. §. 3. l. 20. §. 3. D. h. t. l. 8. pr. D. quemadm. serv. amitt. (VIII. 6.)

l) §. 1. I. de servitut. (II. 3.) Aehnliche Umſchreibungen kommen auch in der l. 17. §. 3. u. l. 21. D. h. t. vor.

m) l. 2. D. h. t.

n) §. 1. I. de servitut. (II. 3.)

o) Nämlich nach Beſchreibung der stillicidiorum und fluminum serv. fährt Theoph. II. 3. §. 1. ſo fort: „. . . ἢ σὺ εἶχες τοιοῦτον δίκαιον κατὰ τῶν ἐμῶν οἰκημάτων, καὶ ἤτησά σε, ὥστε μὴ ἐκπέμπειν σε κατα τῶν ἐμῶν δωμάτων ἢ κατά τῶν ἐμῶν μεσαύλων τοὺς σταλαγμοὺς ἢ τοὺς χροννοὺς ταὺς ἀπὸ τῶν σῶν κεράμων . . . . " (vel tu habebas talo jus adver-

sus aedes meas, et rogavi te, ut ne derivares in mea tecta aut in meas areas stillicidia aut flumina ex tuis tegulis).

p) Dieſe Anſicht iſt auch mit der von Theophilus gegebenen Erklärung (ſ. die vorige Note) wohl vereinbar, da er ſie mit den Worten: „ἢ σὺ εἶχες τοιοῦτον δίκαιον" (nicht: τοιαύτην δουλείαν) einleitet, ohne zu ſagen, woher dieſes Recht entſtanden ſey. Anders erklärt dieſe Servitut G. G. Busse de serv. altius toll. vel non toll. (Lips. 1834.) p. 10. sqq., und Fritz in den Erläut. zu Wening-Ing. H. 2. S. 359. will ſie gar nicht als Servitut anerkennen. — Viele aber, z. B. Fabrot. ad Theophil. l. c., Hugo in der Rechtsgeſch. S. 503. u. 504. Note 2., von Löhr im Magaz. für Rechtsw. B. 3. S. 126. u. 511. u. A. haben jene Erklärung des Theophilus ſo verſtanden, als beſtehe die serv. stillicidium non avertendi (od. non recipiendi) in der Befreyung von einer bisherigen serv. stillicidium avertendi (od. recipiendi), und haben überhaupt daraus die Folgerung gezogen, daß die Römer bey den serv. praediorum urbanorum nicht blos die Beſchränkung des Eigenthums ſelbſt, ſondern auch das durch Aufhebung der bisherigen Servitut wieder gewonnene Recht der natürlichen Freyheit des Eigenthums, ebenfalls als Servitut, oder als ein ſervitutähnliches Recht betrachtet hätten. Vgl. Mackeldey's Lehrb. §. 289. Note h). Allein dieſe Anſicht iſt mit dem Begriffe und Weſen der Servitut, als einer Beſchränkung der natürlichen oder geſetzlich beſtimmten Freyheit des Eigenthums, unvereinbar; vielmehr wird für ſolche Fälle, wo eine bisherige Servitut aufgehoben, und dadurch für die dienſtbare Sache ihre urſprüngliche Freyheit wieder erworben iſt, der Ausdruck: *libertas servitutis* (od. servitutum) gebraucht, z. B. l. 32. §. 1. D. h. t. l. 4. §. 29. D. de usurpat. (XLI. 3.), und dieſer Begriff kann doch unmöglich mit dem Begriffe von *servitus* für identiſch gelten. Vgl. des Verfaſſers Bemerkk. ꝛc. S. 144. fgg.

q) Eine ſolche Servitut kann nämlich aus verſchiedenen Rückſichten für den Berechtigten von Intereſſe ſeyn, z. B. um der Reinigung oder Bewäſſerung ſeines Grundſtücks willen, oder um Vorrath von Regenwaſſer für die Betreibung ſeines Gewerbes zu haben, u. dgl. Vgl. Huberi Praeleot. jur. civ. ad §. 1. I. de servitut. No. 9., Höpfner's Inſtitut. Comment. §. 360. u. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 10. S. 125. Auch bezieht ſich auf eine ſolche Servitut wahrſcheinlich die l. 28. in f. D. h. t. „. . . . . Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet." Vgl. Schraders Civil. Abhandl. S. 314. fgg.

r) §. 1. I. de servitut. (II. 3.) l. 1. pr. D. h. t. — l. 33. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) l. 1. §. 17. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.)

s) Varro de L. L. IV. 5. „ . . . . . Stillicidia fluminaque . . . . . Inter haec hoc interest, quod *stillicidium* eo (od. est), quod stillatim cadat; *flumen*, quod fluat continue." Daher iſt das flumen für das dienſtbare Grundſtück, worauf es herabſtrömt, beſchwerlicher, als

das stillicidium. l. 20. §. 5. D. h. t. — Uebrigens kommt das Wort *flumen* auch in der Servitutenlehre bisweilen in einer andern, als der hierher gehörigen, Bedeutung vor, z. B. l. 28. D. h. t. l. 13. D. si serv. vind. (VIII. 5.)

t) Gaj. II. §. 31. u. IV. §. 3. — §. 2. I. de action. (IV. 6.) l. 1. pr. u. l. 2. D. h. t. l. 2. pr. D. de S. P. R. (VIII. 3.) l. 7. §. 1. D. commun. praed. (VIII. 4.)

u) Gaj. II. §. 31. — §. 1. u. 4. I. de servitut. (II. 3.) l. 2. 6. 12. 21. u. l. 32. pr. D. h. t. l. 7. §. 1. u. l. 16. D. commun. praed. (VIII. 4.) l. 4. §. 8. D. si serv. vind. (VIII. 5.) l. 4. §. 29. D. de usurpat. (XLI. 3.)

v) Daß nämlich ohne das Vorhandenseyn dieser Servitut das Höherbauen jedem Hauseigenthümer gestattet sey, folgt schon aus der natürlichen Freyheit des Eigenthums, und wird auch ausdrücklich in unsern Quellen hervorgehoben. l. 9. u. 10. D. h. t. u. l. 8. u. 9. C. de servitut. (III. 34.) Ueber andere Ansichten von dem jus altius non tollendi s. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 10. S. 86. fgg.

x) Ueber die Existenz solcher Gesetze bey den Römern s. §. 149. Note h). — Vgl. auch Vinnius in Comment. ad §. 1. I. de servitut. No. 6. und ad §. 2. I. de action. No. 5.

y) Der nach dem Vorgang von Cujacius in den not. poster. ad §. 2. I. de action. jetzt sehr verbreiteten Ansicht, als bestehe die altius tollendi serv. in der Befreyung von der bisherigen altius non tollendi serv., stehen, außer dem in der Note p) angef. Grunde, noch mehrere andere Umstände entgegen. Vgl. des Verfassers Bemerkk. S. 147. — Verschiedene andere Ansichten über diese Servitut s. bey Glück in d. Erläut. d. Pand. Th. 10. §. 669., bey Unterholzner in der Verjährungslehre B. 2. S. 118. fgg. u. 127. fgg., bey Fritz u. Busse a. a. O. (s. Note p)). — Uebrigens wird der Ausdruck *jus altius tollendi* bisweilen auch für das aus der natürlichen Freyheit des Eigenthums hervorgehende Recht des Höherbauens (im Gegensatz der serv. altius non tollendi) gebraucht, z. B. l. 21. D. h. t. u. l. 4. §. 7. D. si serv. vind. (VIII. 5.) Ferner kommt in der l. 7. D. eod. der Ausdruck: *altius tollere sublatumque habere*, bey Gelegenheit der serv. oneris ferendi vor, und also in Bezug auf das Höherbauen des dienenden Gebäudes.

z) Vatic. Fr. §. 53. u. l. 26. pr. D. de except. rei jud. (XLIV. 2.)

aa) l. 2. D. h. t. — l. 2. pr. D. de S. P. R. (VIII. 3.)

bb) l. 4. D. h. t. „*Luminum* (in) *servitute* constituta id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat. . . . .“ l. 40. D. h. t. „Eos, qui *jus luminis immittendi* non habuerunt, aperto pariete communi nullo jure fenestras immississe respondi.“ Doch sind auch über diese Servitut die Meinungen sehr verschieden. S. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 10. §. 670. L. F. Griesinger de servitute lumi-

num et ne luminibus officiatur. Lips. 1819., u. andere bey Mackeldey §. 289. Note n) angef. Schriften.

cc) l. 12. §. 3. C. de aedific. priv. (VIII. 10.)

dd) Gaj. IV. §. 3. §. 2. I. de action. (IV. 6.) Wenigſtens erklärt es Theophil. IV. 6. 2. ſo: „. . . . . δίκαιόν μοι προςεῖναι τοῦ κατοπτεύειν σε. . . . “ (jus mihi esse in tuum despiciendi).

ee) *Lumen* bedeutet in dieſer Verbindung das Licht, welches ein Gebäude hat, oder bedarf. l. 16. D. h. t. „*Lumen* id est, ut coelum videretur; et interest inter lumen et prospectum; nam prospectus etiam ex inferioribus locis est, lumen ex inferiore loco esse non potest.“

ff) l. 4. D. h. t. „. . . . . Cum autem servitus imponitur, *ne luminibus officiatur*, hoc maxime adepti videmur, ne jus sit vicino, invitis nobis altius aedificare, atque ita minuere lumina nostrorum aedificiorum.“ l. 22. l. 23. pr. u. l. 31. D. h. t. Daher wird auch bisweilen mit dem jus altius non tollendi das „*ne luminibus vicini officiatur*“ in unmittelbare Verbindung gebracht, z. B. bey Gaj. II. §. 31., im §. 1. u. 4. I. de servitut. (II. 3.), in d. l. 6. D. h. t. u. l. 16. D. commun. praed. (VIII. 4.)

gg) l. 17. pr. u. §. 1. D. h. t. — Uebrigens herrſchen auch über dieſe Servitut verſchiedene Anſichten. Vgl. die in der Note bb) angef. Schriften.

hh) l. 3. l. 13. u. l. 15. D. h. t. „Inter servitutes, *ne luminibus officiatur*, et *ne prospectus offendatur*, aliud et aliud observatur, quod in prospectu plus quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum et liberum, in luminibus autem (non officere), ne lumina cujusquam obscuriora fiant. . . . “ Uebrigens ſind auch über dieſe Servitut die Meinungen verſchieden. Vgl. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 10. §. 672. u. Griesinger i. a. W. (ſ. Note bb)) app. I. p. 223. sqq.

ii) l. 7. D. de servitut. (VIII. 1.) l. 2. pr. D. de S. P. R. (VIII. 3.) — l. 1. §. 4. D. de cloac. (XLIII. 23.) „*Cloaca* autem est locus cavus, per quem colluvies quaedam fluat.“ l. 1. §. 6. D. eod. „*Cloacae* appellatione et tubus, et fistula continetur.“

kk) l. 8. §. 5. u. 7. D. si serv. vind. (VIII. 5.)

ll) l. 17. §. 2. D. eod.

§. 191.

B) Perſönliche Servituten:

1) Ususfructus. *α*) Begriff, Gegenſtände und Arten deſſelben [a]).

Vatic. Fr. tit. de usufructu. (§. 41—93.)

Der gleichlautende Titel der Inſtitutionen. (II. 4.)

Tit. D. de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur. (VII. 1.)

Tit. C. de usufructu et habitatione et ministerio servorum. (III. 33.)

Unter den perſönlichen Servituten (§. 185. Note c)) iſt das wichtigſte Beyſpiel der *ususfructus* (bisweilen auch fructus ſchlechthin genannt, §. 66. Note b), Nießbrauchsrecht), d. h. dasjenige dingliche Recht an einer fremden Sache, vermöge deſſen man befugt iſt, alle Früchte aus derſelben zu ziehen, und ſie vollſtändig zu gebrauchen, inſoweit es unbeſchadet ihrer Subſtanz möglich iſt [b]). Der Servitutberechtigte heißt hierbey *usufructuarius* oder *fructuarius*, der Eigenthümer der Sache aber *proprietarius* oder *dominus proprietatis* (a. u.), oder auch *nudae proprietatis dominus*, und die dem Nießbrauch unterworfene Sache ſelbſt *res fructuaria* [c]). — Da nun alſo der ususfructus ſeinem urſprünglichen Begriffe nach nur *salva rerum substantia* (Note b)) Statt finden kann, ſo ergiebt ſich, daß eigentlich nur körperliche und zwar nicht verbrauchbare Sachen, gleichviel übrigens, ob ſie zu den beweglichen oder unbeweglichen gehören, Gegenſtände deſſelben ſeyn können [d]). Doch iſt er analogiſch, unter dem Namen *quasi ususfructus* (§. 193.), auch auf verbrauchbare oder verzehrbare Sachen (§. 61. Note i) u. k)), ja ſelbſt auf unkörperliche ausgedehnt worden, und im Gegenſatze davon pflegt der ususfructus im urſprünglichen und eigentlichen Sinne von den Neuern *verus ususfructus* genannt zu werden. Die Einführung des quasi ususfructus beruht auf einem in den erſten Zeiten der Kaiſerregierung (ſpäteſtens unter Tiber) errichteten, namenloſen Senatsſchluſſe, welcher beſtimmte, daß der ususfructus an allen zum Vermögen gehörigen Sachen legirt werden könne, wenn

nur der Legatar dem Erben Caution leiſte, ihm nach beendigtem Nießbrauch ebenſoviel zurückgeben zu wollen [e]). — Auch auf das geſammte Vermögen, oder eine Quote deſſelben kann ſich der ususfructus erſtrecken [f]), und ein ſolcher Nießbrauch iſt zum Theil ein ſog. verus ususfructus, nämlich in Bezug auf die zu jenem Vermögen gehörigen, nicht verbrauchbaren Sachen, zum Theil aber ein quasi ususfructus, ſofern er ſich auf die übrigen Beſtandtheile jenes Vermögens bezieht.

a) Ueber die hierher gehörige Literatur ſ. Mackeldey's Lehrbuch ꝛc. §. 279. Note a).

b) pr. I. h. t. u. l. 1. D. h. t. „*Ususfructus* est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia.“

c) Gaj. II. §. 30. §. 3. u. 4. I. h. t. l. 15. §. 6. u. 7. l. 16. 17. u. 22. D. h. t. l. 1. pr. u. l. 5. §. 1. D. si usufr. pet. (VII. 6.) Vgl. auch §. 145. Note f).

d) Gaj. II. §. 32. Ulp. XXIV. §. 26. l. 2. D. h. t. „Est enim *ususfructus* jus in corpore. . . .“ l. 3. §. 1. D. eod. pr. u. §. 2. I. h. t. „Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et jumentis ceterisque rebus, exceptis his, quae ipso usu consumuntur. Nam hae res neque naturali ratione neque civili recipiunt usumfructum. . . .“

e) Ulp. XXIV. §. 27. l. 1. D. de usufr. ear rer., quae usu consum. vel min. (VII. 5.) „Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cujusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit; quo Senatusconsulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit ususfructus legari.“ l. 2. D. eod. „Sed de pecunia recte caveri oportet his, a quibus ejus pecuniae ususfructus legatus erit. Quo Senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie esset; nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit, sed remedio introducto coepit *quasi ususfructus* haberi.“ l. 3. u. 4. D. eod. §. 2. I. h. t. „. . . . . Ergo Senatus non fecit quidem earum rerum (scil. quae ipso usu consumuntur) usumfructum, — nec enim poterat, — sed per cautionem *quasi usumfructum* constituit.“ — Daß nun dieſes Senatusconſult nicht nach Tiber errichtet worden ſeyn könne, geht daraus hervor, daß Meinungen damaliger Juriſten (nämlich des Nerva und Sabinus, l. 2. §. ult. D. de orig. jur. [I. 2.],) über einzelne den quasi ususfructus betreffende Fragen in der l. 3. u. l. 5. §. 1. D. de usufr. ear. rer. erwähnt werden. (Vgl. auch Bach Histor. jurispr. Rom. p. 363. §. 14.) Wahrſcheinlich fällt es jedoch in die Regierungszeit Auguſt's. Vgl. Galvanus de usufr. c. 3. §. 2. u. Hugo's Rechtsgeſch. Th. 2. S. 764. fgg. Daß es aber nicht ſchon zu

Cicero's Zeit existirt habe, ergiebt sich aus Top. c. 3. in f. „. . . . . Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere. *Usus* enim, *non abusus*, legatus est. . . . . “ (Vgl. auch Schulting Jurispr. Ante-Just. p. 658. not. 71.) Eine andere Erklärung dieser Stelle, wonach jenes Senatusconsult schon zu Cicero's Zeit vorhanden gewesen seyn soll, versucht Puchta im Rhein. Mus. J. 3. H. 1. S. 82. fgg.

f) l. 37. u. 43. D. de usu et usufr. per legat. dat. (XXXIII. 2.) l. 1. C. h. t. Daß aber in dergleichen Fällen nur das nach Abzug der Schulden übrig bleibende Vermögen Gegenstand des Nießbrauchs seyn könne, versteht sich nach der §. 50. z. E. angef. Regel von selbst.

Zusatz. Ueber die bey den Neuern vorkommende Eintheilung des usus-fructus in den sog. causalis und den sog. formalis s. den Zusatz zum §. 145.

§. 192.

β) Rechte und Pflichten des Usufructuars bey dem eigentlichen ususfructus.

Bey dem sog. verus ususfructus hat der Usufructuar folgende Rechte, wodurch er einem wirklichen Eigenthümer sehr nahe kommt [a]): 1) Er kann die fremde Sache, soweit es unbeschadet ihrer Substanz möglich ist (§. 191. Note b)), vollständig benutzen und gebrauchen [b]), ohne dabey auf sein persönliches Bedürfniß beschränkt zu seyn [c]). Demgemäß ist er befugt, alle bey'm Anfange des Nießbrauchs noch stehenden oder hängenden, und alle während der Dauer desselben entstehenden Früchte sich zuzueignen [d]); doch erwirbt er erst durch deren Perception das Eigenthum daran [e]). Bey'm ususfructus an Thieren gewinnt er, außer der Milch, Wolle u. dgl. auch die Jungen derselben [f]), während dagegen das von einer im ususfructus befindlichen Sclavin geborne Kind (partus ancillae) nicht ihm, sondern dem Proprietar zufällt [g]); wie denn auch sein Erwerbsrecht durch den servus fructuarius sich nur auf die beyden im §. 172. Nr. 2. angegebenen Gründe beschränkt. Ueberhaupt aber gebühren ihm, außer den natürlichen Früchten der in seinem Nießbrauch befindlichen Sache, auch die bürgerlichen Früchte, z. B. Mieth- oder Pachtgelder, insoweit nämlich der Nutzen, dessen Aequivalent sie sind, während der Dauer

des ususfructus gezogen ist[h]). Auch auf die Zubehörungen der Hauptsache und die mit derselben verbundenen Servituten erstreckt sich das Benutzungsrecht des Usufructuars [i]). 2) In Bezug auf die res fructuaria darf er solche Veränderungen vornehmen, wodurch die Einträglichkeit oder Annehmlichkeit derselben erhöht wird, sofern sie nur dadurch nicht wesentliche Umgestaltungen erleidet, und ihrer eigentlichen Bestimmung kein Eintrag geschieht [k]). 3) Er darf seinen ususfructus verpfänden [l]), und überhaupt die Ausübung desselben gegen Vergeltung oder unentgeltlich einem Andern überlassen [m]), insoweit dieß mit der eigentlichen Bestimmung der res fructuaria, und den Regeln eines ordnungsmäßigen Gebrauchs vereinbar ist [n]). Dagegen kann er das Recht des Nießbrauchs selbst, da es, als eine persönliche Servitut, und solange es als solche fortbestehen soll, von seiner Person unzertrennlich ist (§. 186. Note k)), auf einen Andern nicht übertragen, wohl aber dem Proprietar selbst wieder abtreten [o]). — Was hiernächst die Pflichten des Usufructuars bey'm eigentlichen Nießbrauch anlangt, so bestehen sie in Folgendem: 1) Er muß, da er alle Vortheile der Sache zieht, auch alle auf derselben haftenden Lasten und Abgaben tragen [p]), so wie auch die Erhaltungs- und Reparaturkosten bestreiten [q]); doch kann er, wenn ihm die Letztern zu beschwerlich fallen sollten, durch Aufgebung des Nießbrauchs sich davon befreyen [r]). 2) Er muß die Sache ordnungsmäßig, und wie ein guter Hausvater (boni viri arbitratu, od. quasi bonus paterfamilias od. diligens paterfam.) gebrauchen, und in gutem Stand erhalten [s]), und ist überhaupt für jeden Schaden, welchen die res fructuaria durch seine Schuld erleidet, nicht aber auch für die Abnutzung derselben durch ordnungsmäßigen Gebrauch, dem Proprietar verantwortlich [t]). 3) Nach Beendigung des Nießbrauchs muß er die res fructuaria, oder was davon übrig ist, an den Proprietar zurückgeben [u]). 4) In Hinsicht auf seine dießfallsigen Verbindlichkeiten muß er nach dem prätorischen Rechte gleich bey'm Anfange des Nießbrauchs dem Proprietar eine Caution, und zwar durch Bürgen (satisdatio, sog. cautio usufructuaria) bestellen, welche sowohl auf den ordnungsmäßigen Gebrauch der Sache, als auf ihre Rückgabe nach beendigtem Nießbrauch gerichtet ist [v]).

a) Daher heißt der Usufructuar bisweilen auch *dominus* oder *quasi dominus* §. 145. Note b) u. g).

b) l. 7. pr. u. §. 1. u. l. 9. pr. D. h. t. — Paul. III. 6. §. 24. „ . . . . . Fructus . . . . sine usu esse non potest.“ l. 14. §. 1 — 3. D. de usu (VII. 8.) l. 5. §. 1. u. 2. D. usufructuar. quemadm. cav. (VII. 9.) l. 13. §. 3. D. de acceptilat. (XLVI. 4.) Ueber dieſe Stellen ſ. insbeſondere von Löhr im Magaz. für Rechtsw. S. 498. fgg., und Puchta in den Civil. Abhandl. S. 121. fgg.

c) l. 9. in f. u. l. 12. §. 2. D. h. t. §. 1. I. de usu (II. 5.) — Gegen eine auf den Grund der l. 9. §. 7. D. h. t. gewöhnlich angenommene Beſchränkung jener Regel bey Waldungen erklärt ſich Laſpeyres im Archiv f. d. Civil. Prax. B. 19. H. 1. Nr. 4.

d) l. 27. pr. u. l. 59. §. 1. D. h. t. Auf den im fundus fructuarius gefundenen Schatz aber kann der Uſufructuar, als ſolcher, keinen Anſpruch machen, arg. l. 7. §. 12. D. solut. matrim. (XXIV. 3.)

e) l. 25. §. 1. D. de usur. (XXII. 1.) l. 13. D. quib. mod. ususfr. amitt. (VII. 4.) §. 36. I. de rer. divis. (II. 1.) (Vgl. auch §. 161. Nr. 1.) — Ueber die Folgen davon ſ. §. 36. I. cit. l. 12. §. 5. D. h. t. l. 8. in f. D. de ann. legat. (XXXIII. 1.)

f) l. 68. §. 1. D. h. t. §. 37. I. de rer. divis. (II. 1.)

g) §. 37. I. cit. — Dieß war freylich in den letzten Zeiten der Republik noch beſtritten. Cic. de fin. I. 4. l. 68. pr. D. h. t. Ueber die dafür im Röm. Recht angef. Gründe ſ. Zuſatz zum §. 66.

h) l. 25. §. 2. l. 26. u. l. 58. pr. D. h. t.

i) l. 9. §. 7. l. 15. §. 6. D. h. t. — l. 9. §. 4. D. eod. Nicht entgegen iſt Paul. III. 6. §. 22. Vgl. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 9. S. 200. fgg. Note 73). — l. 1. pr. l. 5. §. 1. D. si ususfr. pet. (VII. 6.) l. 2. §. 3. D. si serv. vind. (VIII. 5.) l. un. §. 4. D. de remiss. (XLIII. 25.)

k) l. 7. in f. l. 8. l. 13. §. 4—8. l. 15. §. 6. D. h. t.

l) l. 11. §. 2. u. l. 15. pr. D. de pignor. (XX. 1.) Ueber die Wirkungen einer ſolchen Verpfändung ſ. Büchel's Civilrechtl. Erört. B. 1. Nr. III. (Ueber jura in re) S. 96. fgg.

m) Vatic. Fr. §. 41. §. 1. I. de usu (II. 5.) l. 12. §. 2. l. 38. 39. u. 67. D. h. t.

n) l. 13. in. f. l. 14. u. l. 15. §. 4. D. h. t.

o) Paul. III. 6. §. 32. — Gaj. II. §. 30. §. 3. I. h. t. u. Theophil. dazu. Nach den drey letztern Stellen iſt die Ceſſion des ususfructus an einen Andern, als den Proprietar, eine ganz wirkungsloſe Handlung. Dem ſteht auch nicht, wie Viele annehmen, die l. 66. D. de jure dot. (XXIII. 3.) entgegen. S. Huſchke's Studien. ꝛc., S. 240. fgg. Note 71), u. Mühlenbruch's Lehre von der Ceſſion. S. 31. Note 52).

p) l. 7. §. 2. in f. l. 27. §. 3. u. l. 52. D. h. t. l. 28. D. de usu et usufr. per legat. dat. (XXXIII. 2.)

q) l. 7. §. 2. u. 3. D. h. t. u. l. 7. C. h. t.

r) l. 48. pr. u. l. 64. D. h. t.

s) §. 38. I. de rer. divis. (II. 1.) l. 9. pr. §. 2. u. 6. l. 18. l. 65. pr. l. 68. §. 2. l. 69. u. l. 70. pr. D. h. t. l. 1. §. 3. D. usufructuar. quemadm. cav. (VII. 9.)

t) l. 1. §. 7. in f. l. 2. u. l. 9. §. 3. D. eod. l. 13. §. 2. l. 15. §. 3. u. l. 65. pr. D. h. t.

u) l. 1. pr. u. §. 7. D. usufructuar. quemadm. cav. (VII. 9.)

v) l. 1. pr. §. 1. 3. 5. u. 6. l. 7. pr. u. l. 12. D. eod. l. 13. pr. D. h. t. Paul. III. 6. §. 27. l. 4. C. h. t. Doch fällt jene Caution in manchen Verhältniſſen ſchon nach geſetzlicher Beſtimmung weg, z. B. l. 9. §. 2. D. usufructuar. quemadm. cav. l. 1. §. 18. D. ut legat. servand. caus. cav. (XXXVI. 3.) l. 8. §. 4. in f. C. de bon., quae liber. (VI. 61.) Auch kann ſie wohl durch Vertrag erlaſſen werden, arg. l. 46. D. de pact. (II. 14.) Dagegen kann ein Teſtator den, welchem er den Nießbrauch hinterläßt, von jener Caution nicht befreyen, l. 7. C. ut in possess. legat. servand. (VI. 54.) u. l. 1. C. h. t., weil nämlich ſonſt die dadurch herbeygeführte Möglichkeit, den usufructus in volles Eigenthum übergehen zu laſſen, (beſonders mit Hinſicht auf den Fall, daß bey Beendigung des Nießbrauchs Nichts mehr übrig wäre, was der Uſufructuar dem Proprietar reſtituiren könnte,) nicht nur für die Erbſchaftsregulirung leicht Verwirrung verurſachen könnte (vgl. Hugo's Rechtsgeſch. S. 921. u. 922.), ſondern auch im ältern Recht bey kinderloſen Ehegatten zur Umgehung der bey Ulp. tit. XV. erwähnten Beſtimmung der lex Papia Poppaea gereicht haben würde. And. Meinungen ſ. bey Höpfner im Inſtitut. Comment. §. 373. Note 3), u. bey Glück in d. Erläut. d. Pand. Th. 9. §. 654.

§. 193.

γ) Quasi usufructus.

Tit. D. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur. (VII. 5.)

Gegenſtände des quasi usufructus können zwar auch unkörperliche Sachen ſeyn [a]); doch wird der Ausdruck *quasi usufructus* vorzugsweiſe nur auf den Nießbrauch an verbrauchbaren oder verzehrbaren Sachen bezogen [b]). Hierbey wird nun der Uſufructuar zur Conſumtion der ihm überlaſſenen Sachen berechtigt, und erlangt alſo das Eigenthum daran, über-

nimmt aber auch zugleich ihre Gefahr. Denn nach Beendigung des Nießbrauchs muß er Sachen von derselben Güte, als er erhalten hat, in gleicher Quantität dem Proprietar restituiren, oder den dafür angeschlagenen Werth zahlen, und in Hinsicht auf seine dießfallsige Verbindlichkeit Caution demselben bestellen [c]). — In Bezug auf außenstehende Capitalien oder Schuldforderungen (nomina), ist ein quasi ususfructus nur dann vorhanden, wenn dem Nutzungsberechtigten zugleich auch die Befugniß, über das Capital selbst zu verfügen, eingeräumt ist, so daß er nach beendigtem Nießbrauche nur eine gleiche Summe zu ersetzen hat [d]). — Uebrigens können manche Sachen als Gegenstände sowohl des eigentlichen Nießbrauchs, als des quasi ususfructus vorkommen, z. B. Kleider. Denn an diesen findet im Zweifel ein quasi ususfructus Statt [e]); doch kann auch das Gegentheil durch den Willen dessen, welcher den Nießbrauch an Kleidern einräumt, bestimmt werden [f]).

a) l. 3. u. 4. D. h. t. l. 24. pr. D. usu et usufr. per legat. dat. (XXXIII. 2.) l. 1. C. h. t.

b) l. 1. u. 2. D. h. t. §. 2. I. h. t.

c) §. 2. I. cit. l. 5. §. 1. l. 7. u. l. 11. D. h. t. l. 7. §. 1. D. usufructuar. quemadmod. cav. (VII. 9.) Die hierher gehörige Caution pflegt von den Neuern *cautio quasi fructuaria*, oder auch, da sie nicht, wie die bey'm eigentlichen Nießbrauch zu leistende, auf dem prätorischen Edict, sondern auf dem nämlichen Senatusconsult, wodurch der quasi ususfructus eingeführt worden ist (§. 191. Note e)), beruht, *cautio civilis* oder *senatoria* genannt zu werden. Uebrigens kann sie eben so wenig, als die bey'm eigentlichen ususfructus (§. 192. Note v)), vom Testator dem Usufructuar erlassen werden. l. 6. pr. D. ut in possess. legat. (XXXVI. 4.) l. 1. C. h. t.

d) Vgl. die in der Note a) angef. Stellen. Wenn aber Jemandem, ohne Dispositionsbefugniß über das Capital selbst, blos auf die Zinsen desselben ein Recht eingeräumt ist, so ist weder ein quasi ususfructus vorhanden, noch auch (wie man gewöhnlich annimmt) ein eigentlicher Nießbrauch, da dieser nur an körperlichen, und zwar nicht verbrauchbaren Sachen Statt findet (§. 191. Note d)), sondern vielmehr ein davon verschiedenes Obligationsverhältniß. A. M. ist Mühlenbruch in der Lehre von der Cession S. 497. Note 15). u. im Lehrb. d. Pand. Rechts §. 289.

e) §. 2. I. h. t. „ . . . . . exceptis his, quae ipso usu consumuntur. Nam hae res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum. Quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, ve-

stimenta. . . . . “ Freylich werden Kleider bey andern Rechtsverhältnissen, z. B. bey'm Miethcontract, wie nicht verbrauchbare Sachen behandelt. §. 5. I. de locat. et conduct. (III. 24. od. 25.)

f) l. 15. §. 4. u. 5. D. de usufr. (VII. 1.) l. 9. §. 3. D. usufructuar quemadm. cav. (VII. 9.) Die verschiedenen Meinungen über diese sehr bestrittene Frage s. bey Glück in d. Erläut. d. Pand. Th. 9. S. 392. fgg.

Zusatz. Ueber die Verschiedenheit des quasi ususfructus vom Darlehn, mit dem er allerdings in manchen Puncten zusammentrifft, s. §. 61. Note m) u. Glück a. a. O. S. 413.

§. 194.

2) Usus [a]).

I. (II. 5.) u. D. (VII. 8.) de usu et habitatione.

Usus in dem hierher gehörigen technischen Sinne [b]), auch *nudus usus* genannt [c]), bezeichnet das Gebrauchsrecht, d. h. diejenige persönliche Servitut [d]), vermöge welcher der Berechtigte (usuarius [e])) jeden Gebrauch von einer fremden Sache (usuaria res, a. u. [f])) machen darf, der an sich, ohne Fruchtnutzung möglich, und nach der Natur und dem Zweck dieses Rechtsverhältnisses zulässig ist [g]). Die nähere Bestimmung der im usus enthaltenen Befugnisse richtet sich theils nach dem ausdrücklich erklärten oder präsumtiven Willen des Verleihers [h]), theils auch nach den Gegenständen dieses Rechts [i]). Ueberhaupt aber hat in den meisten Fällen der Usuar weniger Rechte, als der Usufructuar [k]), und zwar: 1) weil er regelmäßig des Rechts zur Fruchtnutzung entbehrt (s. Note g)), und wenn es ihm Ausnahmsweise zukommt, wie namentlich bey'm usus an einem Landgute, er doch bey der Ausübung desselben auf seinen gewöhnlichen Hausbedarf, wobey indessen auch seine Standesverhältnisse in Betracht kommen, beschränkt ist [l]); 2) weil er die Ausübung seines Rechtes einem Andern, sey es gegen Vergeltung oder unentgeltlich, nicht überlassen kann [m]); was jedoch nicht nur bey'm usus an einem Gebäude sich dahin modificirt, daß er, dafern er es nur selbst bewohnt, auch Gäste und Miethleute aufnehmen darf [n]), sondern auch überdieß, nach der vermuthlichen Absicht des Verleihers, aus Rücksicht auf das ihm bekannt gewesene Gewerbe des Usuars, eine Ausnahme leiden kann [o]). Bey zweyerley Arten von Gegenständen aber unter-

ſcheidet ſich, vermöge ihrer Natur und nach dem Zwecke des usus, das Recht des Uſuars nicht weiter von dem des Uſufructuars, nämlich bey verbrauchbaren Sachen [p]), und bey Waldungen [q]). — Uebrigens iſt auch in Anſehung ſeiner Verbindlichkeiten der Uſuar dem Uſufructuar ſehr ähnlich. Denn er muß die usuaria res, ſofern ſie nicht zu den verbrauchbaren Sachen gehört, wie ein bonus paterfamilias brauchen [r]), und ſowohl wegen Erfüllung dieſer Verbindlichkeit, als auch wegen der dereinſtigen Reſtitution der Sache, dem Proprietar Caution leiſten). Die Reparaturkoſten der res usuaria aber fallen nur alsdann, wenn an ſelbiger dem Proprietar kein Fruchtgenuß übrig bleibt, dem Uſuar zur Laſt, während ſie dagegen der Proprietar tragen muß, wenn er den Fruchtgenuß ſeiner Sache hat [t]).

a) Vgl. Thibaut's Verſuche ꝛc. B. 1. Nr. 3.

b) Ueber andere, hierher nicht gehörige Bedeutungen von usus ſ. Brisson. de V. S. unter dieſem Worte.

c) pr. u. §. 1. I. h. t. l. 1. §. 1. D. h. t.

d) l. 21. D. h. t. l. 1. D. de servitut. (VIII. 1.)

e) Z. B. l. 15. pr. l. 16. §. 1. l. 21. l. 22. §. 1. u. l. 23. D. h. t.

f) l. 12. §. 6. l. 14. pr. u. l. 23. D. h. t.

g) l. 2. pr. D. h. t. „Cui *usus* relictus est, *uti potest, frui non potest. . . .*“ l. 1. §. 1. D. eod. „. . . . *nudus usus*, id est sine fructu. . . . .“ l. 14. §. 1. D. eod. „. . . . . usui fructus deest. . . . .“ l. 12. pr. D. eod. „*Plenum* autem *usum* debet habere, si . . . ei relictus est. . . . .“ l. 12. §. 3. D. eod. „. . . . *omnem* usum habebit. . . . .“

h) l. 12. §. 2. in f. u. §. 4. in f. D. h. t.

i) Ueber den usus an einem Landgrundſtück ſ. §. 1. I. h. t. u. l. 10. §. 4. l. 11. l. 12. pr. u. §. 1. l. 15. u. l. 16. pr. D. h. t.; über den an einem Gebäude §. 2. I. h. t. u. l. 2. §. 1. l. 3—8. l. 17. u. l. 22. §. 1. D. h. t.; über den an Sclaven und Thieren §. 3. I. h. t. l. 12. §. 3—6. l. 13. l. 14. pr. l. 16. §. 2. u. l. 20. D. h. t.; über den an einer Viehheerde §. 4. I. h. t. u. l. 12. §. 2. D. h. t. — Ueber den usus an verbrauchbaren Sachen und an Waldungen ſ. Note p) u. q).

k) §. 1. I. h. t. „Minus autem scilicet juris in usu est, quam in usufructu. . . . .“ l. 10. §. 4. D. h. t. „Si usus fundi sit relictus, minus utique esse, quam fructum, longeque, nemo dubitat. . . . .“

l) §. 1. I. h. t. u. l. 12. §. 1. D. h. t., wo verſchiedene Anſichten der Röm. Juriſten über den Umfang des dießfallſigen Rechts eines Uſuars vorgetragen werden.

m) §. 1. in f. u. §. 2. I. h. t. l. 8. pr. u. l. 11. in f. D. h. t. Daher kann der Uſuar auch namentlich die Dienſtleiſtungen des servus usuarius nicht vermiethen; obwohl er ſonſt durch ihn aus den nämlichen Gründen, wie der Uſufructuar (§. 172. Nr. 2.), erwirbt. §. 3. I. h. t. l. 12. §. 6. l. 14. pr. l. 16. §. 2. u. l. 20. D. h. t.

n) l. 2. §. 1. l. 3. u. l. 4. pr. D. h. t. Eine ſtrengere Meinung enthält jedoch §. 2. I. h. t.

o) Daher kann z. B. ein Fuhrmann, dem der usus an Pferden legirt iſt, ſie nach der wahrſcheinlichen Abſicht des Teſtators auch vermiethen. l. 12. §. 4. in f. D. h. t.

p) l. 5. §. 2. u. l. 10. §. 1. D. de usufr. ear. rer. (VII. 5.)

q) l. 22. pr. D. h. t.

r) l. 15. in f. D. h. t. Daher iſt auch der Uſuar ebenſo, wie der Uſufructuar, für den durch ſeine Schuld der Sache zugefügten Schaden verantwortlich. l. 13. §. 2. in f. D. de usufr. (VII. 1.)

s) l. 5. §. 1. u. l. 11. D. usufructuar. quemadm. cav. (VII. 9.) l. 10. §. 1. D. de usufr. ear. rer. (VII. 5.)

t) l. 18. D. h. t. Ueber dieſe Stelle ſ. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 9. S. 453. fgg.

§. 195.

3) Habitatio [a]).

Die zum vorigen §. citirten Titel der Inſtit. u. Dig., u. der zum §. 191. angef. Titel des Cod.

Habitatio im techniſchen Sinne [b]) bezeichnet das Wohnungsrecht, d. h. das Recht der freyen Wohnung in einem fremden Hauſe [c]). Unter den Röm. Juriſten war es controvers, ob die habitatio zum ususfructus oder zum usus an einem Hauſe zu rechnen ſey, oder ein beſonderes, von jenen beyden verſchiedenes Recht ausmache [d])? Im Juſtinianiſchen Rechte iſt die letztere Meinung gebilliget [e]), und zugleich die Anſicht verworfen worden, als ob eine Anweiſung des Eigenthums in der habitatio liege [f]). Auch erlaubte Juſtinian dem dießfallſigen Berechtigten, (welchen man gewöhnlich habitator [g]) nennt,) die ihm eingeräumte Wohnung einem Andern zu vermiethen [h]), (was unter den alten Juriſten nur Mar-

cellus angenommen hatte [i]); dagegen ist es ihm nicht gestattet, schenkungsweise die Ausübung seines Rechts einem Andern zu überlassen [k]). Ueberhaupt aber wird die habitatio mehr wie ein blos factisches, als wie ein streng juristisches Verhältniß angesehen [l]), weßhalb sie auch nicht, wie andere persönliche Servituten, durch capitis deminutio des Berechtigten oder durch Nichtausübung verloren geht [m]), und wenn sie als reine Schenkung unter Lebenden eingeräumt war, von den Erben des Schenkers widerrufen werden kann [n]); während sie dagegen sonst dem Berechtigten in der Regel auf Lebenszeit gebührt [o]). — Alle diese Eigenthümlichkeiten der habitatio scheinen auf der Grundansicht zu beruhen, daß sie, da sie wohl meistens nur Aermern eingeräumt zu werden pflegte, nach der Natur der Alimentenansprüche zu beurtheilen sey [p]). — Uebrigens muß auch der Wohnungsberechtigte, gleich dem Usufructuar und Usuar, dem Eigenthümer des Hauses Caution durch Bürgen bestellen [q]).

a) Vgl. Thibaut's Civil. Abhandl. Nr. 2.

b) Denn in der vulgären Bedeutung bezeichnet *habitatio* theils das Wohnen überhaupt (ohne Beschränkung auf die hier in Frage stehende Servitut), z. B. l. 5. pr. D. in quib. caus. pign. (XX. 2.) l. 15. §. 1. D. de precar. (XLIII. 26.), theils das Object der Wohnung, d. h. das Gebäude, z. B. l. 20. §. 2. D. de instruct. vel instrum. leg. (XXXIII. 7.) l. 25. §. 1. D. locat. (XIX. 2.)

c) Daß aber dieses Recht, wie man gewöhnlich behauptet, nur auf die bewohnbaren Theile des Hauses beschränkt sey, und sich nicht auch auf dessen Zubehörungen, oder die zum bessern Gebrauch desselben bestimmten Nebendinge erstrecke, geht weder aus der l. 41. pr. D. de S. P. U. (VIII. 2.), noch aus der (gar nicht auf die habitatio, sondern auf den usus bezüglichen) l. 12. pr. u. §. 1. D. h. t. hervor. Vgl. Thibaut a. a. O. S. 12. fgg.

d) l. 13. C. h. t. Vgl. auch l. 32. in f. D. de usufr. (VII. 1.) u. l. 10. pr. u. §. 2. D. h. t.

e) §. 5. I. h. t. „Sed si cui habitatio legata sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus. . . . .“

f) l. 13. C. h. t.

g) In unsern Quellen wird dieß Wort für einen Bewohner überhaupt, und insbesondere für den Miethsmann gebraucht. l. 1. §. 8. u. 9. u. l. 6. §. 2. D. de his, qui effud. (IX. 3.) l. 53. §. 2. D. de action. emt. (XIX. 1.) l. 27. pr. u. l. 30. pr. D. locat. (XIX. 2.)

h) l. 13. C. h. t. §. 5. I. h. t.

i) §. 5. I. cit. u. Theophil. dazu.

k) l. 10. pr. D. h. t.

l) l. 10. D. de cap. minut. (IV. 5.) „ . . . . . si *habitatio* legetur, ... tale legatum in facto potius, quam in jure consistit.“ (Vgl. §. 6. Note f), u. d. Zusatz zu §. 68. z. E.) Ueber verschiedene Erklärungen dieser Stelle s. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 9. S. 463. fgg., u. Thibaut a. a. O. S. 18. fgg. — Gegen die von Manchen daraus abgeleitete Meinung, als sey die habitatio keine Servitut, s. Denselben a. a. O. S. 28. fgg.

m) l. 10. D. cit. u. l. 10. pr. D. h. t. — Unterholzner in der Verjährungslehre B. 2. S. 212. leitet dieß aus dem Grunde ab, weil in jedem Augenblicke, wo das Bedürfniß sich von neuem rege, auch die Verleihung der habitatio als erneuert anzusehen sey.

n) l. 27. u. 32. D. de donat. (XXXIX. 5.) Diesen Stellen, da sie sich zunächst nur auf das alte, durch die lex Cincia bestimmte Recht der Schenkungen bezögen, wollen für das Justinianische Recht nur eine sehr beschränkte Anwendbarkeit einräumen von Savigny in der Zeitsch. f. gesch. Rechtsw. B. 4. S. 47. fgg. u. von Buchholtz in den Versuchen Nr. 15.

o) l. 10. §. 3. D. h. t.

p) l. 8. §. 1. D. de transact. (II. 15.) l. 6. u. 23. D. de alim. leg. (XXXIV. 1.) Vgl. Thibaut a. a. O. S. 31. fgg. A. M. sind jedoch Hugo in der Rechtsgesch. S. 508. Note 5), Unterholzner a. a. O. B. 2. S. 213. u. von Buchholtz a. a. O. S. 168.

q) l. 5. §. 3. D. usufructuar. quemadm. cav. (VII. 9.)

§. 196.

4) Operae servi und animalis.

Tit. D. de operis servorum (VII. 7.), und der zum §. 191. angef. Tit. des Cod.

Die *operae servi* (a. u., oder *hominis operae* a. u., od. *ministerium servorum* [a]) bestehen in dem Rechte, von den Diensten eines fremden Sclaven allen erlaubten Nutzen zu ziehen [b]). Im Wesentlichen kommt dieses Recht mit dem usus an einem Sclaven überein [c]); ist jedoch in so fern noch vortheilhafter, als der Berechtigte [d]) die Sclavendienste auch vermiethen kann [e]), was bey'm usus servi nicht erlaubt ist (§. 194. Note m)). Auf der andern Seite aber ist jenes Recht

beſchränkter, als der ususfructus an einem Sclaven, indem der Uſufructuar nicht blos aus den Dienſten des Sclaven, ſondern auch alsdann, wenn er ihm Etwas zum Erwerbe gegeben hat, durch ihn erwirbt (§. 172. Nr. 2.) [f]. Außerdem hat jenes Recht auch noch manches Eigenthümliche, nämlich: daß es auf die Erben des Berechtigten übergeht [g], und weder durch capitis deminutio deſſelben, noch auch durch Nichtgebrauch erliſcht [h]. Wenn aber der Sclave, deſſen operae legirt ſind, vor dem Erwerb dieſes Legats uſucapirt wird (und zwar von Jemandem, der nicht Erbe des Teſtators iſt), ſo können alsdann die vermachten Dienſtleiſtungen nicht gefordert werden [i]. — Auf ähnliche Art beſtehen auch die *operae animalis* in dem Rechte, von den Dienſten oder Arbeiten eines fremden Thieres allen erlaubten Nutzen zu ziehen [k]. — Uebrigens muß auch bey dieſen Servituten der Berechtigte dem Eigenthümer des Sclaven oder Thieres Caution durch Bürgen leiſten [l].

a) Dieſer Ausdruck kommt namentlich in der Ueberſchrift des angef. Codextitels vor.

b) l. 6. pr. D. h. t. — Unterholzner in der Verjährungsl. B. 2. §. 228. verſteht unter den operae serv. das Recht auf einzelne Arbeits- oder Dienſttage eines fremden Sclaven.

c) l. 5. D. h. t. „*Operis servi* legatis *usum* datum intelligi. . . . .“ Unterholzner a. a. O. S. 216. will dieß nicht von einem usus servi, ſondern vielmehr von einem usus operarum verſtanden wiſſen.

d) Dieſer kommt nicht unter einem beſondern, ſondern nur unter dem allgemeinen Namen *legatarius* vor, z. B. in der l. 2. D. de usu et usufr. per legat. dat. (XXXIII. 2.), weil nämlich die operae serv. durch Vermächtniß begründet zu werden pflegten. l. 2. u. 5. D. h. t. l. 1. §. 9. D. ad leg. Falcid. (XXXV. 2.) u. l. 9. C. h. t.

e) l. 2. D. de usu et usufr. per legat. dat. (XXXIII. 2.)

f) Daher werden auch die operae servi ausdrücklich vom usus und ususfructus unterſchieden in der l. 1. §. 9. D. ad leg. Falcid. (XXXV. 2.)

g) l. 2. D. de usu et usufr. per legat. dat. (XXXIII. 2.) „. . . . . quia legatarius fructuarius non est, *ad heredem suum operarum legatum transmittit*. . . . .“ Dieſe Beſtimmung bezieht von Buchholtz in den Verſuchen ꝛc. Nr. 16. mit vieler Wahrſcheinlichkeit blos auf den Fall, wenn der, dem die operae servi legirt ſind, vor Antretung der Erbſchaft, oder vor dem Eintritt des jenem Legate beygefügten gewiſſen Anfangstermins verſtirbt, ſo daß nun erſt in der Perſon ſeiner Erben das Recht auf die vermachten Sclavendienſte beginnt. — Auf andere

Art ſucht Unterholzner a. a. O. S. 216. die gewöhnliche Meinung, nach welcher in jedem Falle die operae servi auf die Erben des Berechtigten übergehen ſollen, zu rechtfertigen.

h) l. 2. D. h. t. u. l. 2. D. de usu et usufr. per legat. dat. (XXXIII. 2.) Unterholzner a. a. O. erklärt dieß aus der Annahme, daß im Einzelnen das Recht auf Dienſte erſt vollſtändig begründet würde, wenn der Dienſttag wirklich herangekommen ſey. — Doch laſſen ſich dieſe Eigenthümlichkeiten vielleicht auch daraus ableiten, daß man die operae servi ebenſo, wie die habitatio (§. 195. Note l)), nicht wie ein ſtreng juriſtiſches, ſondern mehr wie ein blos factiſches Verhältniß betrachtete, worauf auch in der l. 1. §. 9. D. ad leg. Falcid. (XXXV. 2.) die Worte: „. . . . ex omnibus, *quae sint facti*, ...“ hin zu deuten ſcheinen. — Wenn aber Hugo in der Rechtsgeſch. S. 508. Note 5) mit Riedel aus der l. 2. D. cit. (XXXIII. 2.) folgern will, daß durch das operarum servi legatum keine eigene personalis servitus entſtanden ſey, ſo ſind dagegen theils die Stellung dieſer Lehre in den Digeſten mitten unter den perſönlichen Servituten, theils die auch ſonſt wiederholt vorkommende Verbindung der operae servi mit andern perſönlichen Servituten, z. B. in der l. 5. §. 1—3. D. usufructuar. quemadm. cav. (VII. 9.), in der Ueberſchrift des Digeſtentitels de usu, et usufr., (et reditu) et habitat., et *operis* etc. (XXXIII. 2.) u. in der Ueberſchrift des hierher gehörigen Codextitels, theils die Vergleichung des in Frage ſtehenden Rechts mit dem usufr. und usus in der l. 3—5. D. h. t. entſcheidend; obgleich man zugeben muß, daß es eine anomale perſönliche Servitut ſey.

i) l. 2. D. cit. (XXXIII. 2.) „. . . . . sed servo usucapto legatum perit.“ Ueber den Sinn dieſer Worte vgl. von Buchholtz in den Juriſt. Abhandl. S. 380. fgg.

k) Dieſes Rechts geſchieht nur einmal in unſern Quellen Erwähnung, nämlich in der l. 5. §. 3. D. usufructuar. quemadm. cav. (VII. 9.)

l) l. 5. §. 3. D. cit.

Drittes Capitel.

Von der Entſtehung und Aufhebung der Servituten.

§. 197.

Von der Fähigkeit, eine Servitut zu beſtellen und zu erwerben.

Zur Beſtellung einer Servitut iſt (abgeſehen von den Fällen einer richterlichen Anordnung oder geſetzlichen Verfügung, (§. 198. Nr. 4. u. 5.) nach civilrechtlichen Grundſätzen

nur der vollkommene und dispositionsfähige Eigenthümer der Sache, die damit belastet werden soll, berechtigt [a]), und zwar unter der Modification, daß, wenn sein Eigenthumsrecht gleich Anfangs widerruflich war, die von ihm bestellte Servitut nur für die Dauer desselben besteht [b]). Doch gelten nach dem prätorischen Rechte auch solche Servituten, welche ein emphyteuta oder superficiarius für die Dauer seines Rechts an der fremden Sache eingeräumt hat [c]). Dagegen kann der bloße Proprietar an seiner dem Nießbrauche eines Andern unterworfenen Sache in der Regel keine Servitut, nicht einmal mit Bewilligung des Usufructuars, bestellen, weil er nämlich den Gebrauch seiner Sache, den er jetzt selbst entbehrt, nicht einem Andern überlassen kann, (was doch bey Einräumung einer Servitut gewissermaaßen der Fall seyn würde,) die Einwilligung des Usufructuars aber hierbey, wegen des ihm mangelnden Dispositionsrechts an der Sache, ganz einflußlos erscheinen muß. Nur bey solchen Servituten leidet dieß eine Ausnahme, welche nicht in einem positiven Gebrauch der dienstbaren Sache bestehen, und daher mit dem Rechte des Usufructuars in keine Collision kommen können [d]). Ferner kann auch ein Miteigenthümer für sich allein das gemeinschaftliche Grundstück mit einer Prädialservitut, da diese untheilbar ist, nicht belasten [e]), wohl aber einen ususfructus an seinem idealen Antheile Jemandem einräumen [f]). — Was hiernächst die Fähigkeit zur Erwerbung einer Servitut betrifft, so kann eine persönliche Servitut Jeder, der überhaupt erwerbsfähig ist, erwerben, eine Prädialservitut aber, da sie Zubehör des Grundstücks wird, nur der Eigenthümer desselben [g]), und zwar auch der bloße Proprietar ohne Einwilligung des Usufructuars [h]). Dagegen kann der Letztere für den fundus fructuarius eben so wenig eine Servitut erwerben [i]), als Einer der Miteigenthümer, ohne Concurrenz der andern, für das gemeinschaftliche Grundstück, da auch dieser über die Antheile der Miteigenthümer nicht verfügen, und eine Prädialservitut nicht pro parte erworben werden kann [k]). Läßt sich Jemand für sich und seinen Nachbar zugleich eine Prädialservitut bestellen, so erwirbt er sie doch nur für sich allein [l]). — Uebrigens kann auch in Bezug auf solche Sachen, deren Existenz oder Auffindung erst noch zu erwarten steht, schon im voraus

eine Servitut ſowohl in activer, als in paſſiver Hinſicht begründet werden[m]).

a) l. 6. pr. in f. u. l. 8. D. commun. praed. (VIII. 4.) „ . . . . . *alienis* quidem aedibus nec imponi, nec acquiri servitus potest. . . . . “

b) l. 11. §. 1. D. quemadm. serv. amitt. (VIII. 6.) l. 105. D. de condit. et demonstr. (XXXV. 1.) (Vgl. auch §. 97. Nr. 4. u. Zuſatz 1. zum §. 173.)

c) Vatic. Fr. §. 61. l. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. amitt. (VII. 4.) l. 1. §. 6. u. 9. D. de superfic. (XLIII. 18.) (Vgl. auch §. 178. Nr. 3. u. 182.) — In dergleichen Fällen trifft alſo die in der Natur der Servitut liegende Eigenthumsbeſchränkung (§. 184. Note h) nicht den Eigenthümer ſelbſt, ſondern den emphyteuta oder superficiarius.

d) l. 15. §. 7. u. l. 16. D. de usufr. (VII. 1.) „ . . . . . Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest, nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat, veluti si talem servitutem vicino concesserit, jus sibi non esse altius tollere.“ Verſchiedene Erklärungen dieſer Stellen (auch verſuchte Emendationen) ſ. in Glück's Erläut. d. Pand. Th. 9. S. 42. fgg. u. in andern bey Mackeldey §. 291[a] Note d) angef. Schriften. Vgl. auch des Verfaſſers Pr. de nonnull. caus., cur ICti Rom. reprehendendi videantur, p. 9. sqq. — Manche, z. B. Mackeldey a. a. O., ſuchen den Grund jener Beſtimmung in der Regel: Servitus servitutis esse non potest (§. 186. Note c)); doch würde dieſe Regel, wenn ſie hierher gehörte, die Beſtellung einer Servitut auch in ſolchen Fällen, wo ſie doch nach der l. 16. D. cit. vom Proprietar geſchehen kann, unmöglich machen.

e) l. 2. D. de servitut. (VIII. 1.) l. 11. u. l. 34. pr. D. de S. P. R. (VIII. 3.) l. 6. §. 1. u. 3. u. l. 18. D. commun. praed. (VIII. 4.)

f) l. 10. D. usufructuar. quemadm. cav. (VII. 9.)

g) §. 3. I. de servitut. (II. 3.) u. l. 1. §. 1. D. commun. praed. (VIII. 4.)

h) l. 15. §. 7. D. de usufr. (VII. 1.) „ . . . . Acquirere plane servitutem eum (scil. proprietarium) posse etiam invito fructuario, Julianus scripsit. . . . . “ — Doch kommt dem Uſufructuar während der Dauer ſeines Rechts die Ausübung der für den fundus fructuarius erworbenen Servituten zu. Vgl. §. 192. Note i) z. E.

i) l. 15. §. 7. D. cit. „ . . . . . Quibus consequenter fructuarius quidem acquirere fundo servitutem non potest, retinere autem potest. . . . . “

k) l. 8. in f. D. de servitut. (VIII. 1.) l. 19. D. de S. P. R. (VIII. 3.) l. 5. in f. l. 6. §. 1. u. 3. u. l. 18. D. commun. praed. (VIII. 4.)

l) l. 5. l. 6. pr. fin f. u. l. 8. D. eod.

m) l. 23. §. 1. D. de S. P. U. (VIII. 2.) „*Futuro* quoque aedificio, quod nondum est, vel imponi vel acquiri servitus potest.“ l. 10. D. de S. P. R. (VIII. 3.) l. 21. D. si serv. vind. (VIII. 5.)

§. 198.

Entſtehungsarten der Servituten.

Servituten können auf verſchiedene Weiſe begründet werden, nämlich: 1) Durch Vertrag. Freylich konnten im ältern Rechte Prädialſervituten an Italiſchen Grundſtücken nicht ſchon durch einen bloßen Vertrag, ſondern nur durch eine in jure cessio, oder als rusticorum praediorum servitutes auch durch mancipatio entſtehen [a]), und nur an Provincialgrundſtücken reichte, da hierauf jene feyerlichen Rechtsgeſchäfte keine Anwendung litten, auch ſchon ein bloßer Vertrag zur Begründung einer Prädialſervitut hin [b]). Eben ſo konnte auch der ususfructus lediglich an Provincialgrundſtücken durch einen bloßen Vertrag begründet werden, ſonſt aber ſowohl an beweglichen Sachen, als an Italiſchen Grundſtücken, nur durch eine in jure cessio, oder auch ſo, daß man bey der ſolennen Veräußerung ſeiner Sache durch mancipatio oder in jure cessio ſich den ususfructus daran vorbehielt (deducere), und alſo blos die Proprietät derſelben auf den Andern übertrug [c]). Im Juſtinianiſchen Rechte dagegen, wo nicht nur der Unterſchied zwiſchen Italiſchen und Provincial-Grundſtücken aufgehoben iſt (§. 60. z. E.), ſondern auch die mancipatio und in jure cessio keine Anwendbarkeit mehr haben (§. 153. z. E. und 154. z. E.), iſt zur Errichtung einer jedweden Servitut, ſie mag eine perſönliche oder Prädialſervitut, eine affirmative oder negative ſeyn, ein bloßer Vertrag hinreichend [d]), vorausgeſetzt, daß er von einem Solchen, der zur Beſtellung einer Servitut befähigt iſt (§. 197.), eingegangen wird, und auf unmittelbare Begründung des dinglichen Rechts ſelbſt gerichtet iſt [e]). Uebrigens kann man auch nach dem neuern Röm. Rechte bey der Veräußerung ſeiner Sache ſich eine Servitut daran vorbehalten [f]). — 2) Durch letztwillige Verordnung [g]); und auf dieſe Art wurden beſonders die perſönlichen

Servituten bey den Römern am häufigsten bestellt [h]). Es kann nun aber der ususfructus auf dreyfache Weise durch einen letzten Willen begründet werden: entweder so, daß der Testator Jemandem blos den Nießbrauch einer Sache vermacht, wo dann der Erbe die Proprietät an derselben Sache bekommt, oder so, daß er Jemandem blos die Proprietät einer Sache legirt, wo dann dem Erben der Nießbrauch an derselben Sache zukommt, oder so, daß er dem einen Legatar blos den Nießbrauch, und einem andern Legatar blos die Proprietät der nämlichen Sache hinterläßt [i]). Uebrigens kann auch stillschweigends in einem letzten Willen die Einräumung einer Servitut enthalten seyn, wenn sie nämlich zum Gebrauch des hinterlassenen Gegenstandes oder Hauptrechts schlechterdings nothwendig ist [k]). 3) Durch Ersitzung (§. 199.) — 4) Durch den Ausspruch des Richters in einem Theilungsprocesse (adjudicatio [l]), oder auch sonst durch richterliche Zuerkennung eines Nothweges gegen angemessene Entschädigung des Grundeigenthümers [m]). — 5) Endlich beruht der *ususfructus* nach dem neuern Röm. Recht in manchen Fällen unmittelbar auf gesetzlicher Vorschrift (ususfr. legalis*) [n]). Zwar nehmen Manche [o]) auch gesetzliche Prädialservituten an, und verstehen darunter gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums einer Sache zum Vortheil einer andern (§. 149); indessen sind diese, wenn auch zum Theil mit Servituten vergleichbar, doch nicht für Servituten im eigentlichen Sinne zu achten, und namentlich ist die Regel: Servitus servitutis esse non potest (§. 186. Note c)), auf sie keinesweges anwendbar [p]).

a) Gaj. II. §. 29. u. 31.

b) Id. II. §. 31. „. . . . . in provincialibus praediis sive quis . . . . . jus eundi, agendi, aquamve ducendi . . . . . ceteraque similia jura constituere velit, *pactionibus et stipulationibus* id efficere potest. . . . . “ Diese Stelle wollen zwar Du Roi im Archiv f. d. Civil. Prax. B. 6. S. 285. und Zimmern ebendas. B. 7. S. 324. fgg. nicht von der Bestellung eigentlicher Servituten, als dinglicher Rechte, sondern nur von der Begründung obligatorischer Verhältnisse in Bezug auf Servituten verstanden wissen; allein s. dagegen Hasse im Rhein. Mus. J. 1. H. 1. S. 94. fgg. u. Schrader in der Tübing. Krit. Zeitsch. B. 1. H. 2. S. 69.

c) Gaj. II. §. 30—33. Ulp. XIX. §. 11. Vatic. Fr. §. 47—50. Ob der Vorbehalt des ususfructus bey der mancipatio oder in jure cessio unter Bedingungen oder Zeitbestimmungen geschehen konnte, war nach §. 50. cit. unter den Röm. Juristen bestritten.

d) §. 4. I. de servitut. (II. 3.) „Si quis velit vicino aliquod jus constituere, *pactionibus atque stipulationibus* id efficere debet. . . .“ (Bey Theophil. zu dieser Stelle ist das „id efficere *debet*“ nicht durch: τοῦτο ποιεῖ· ὀφείλει, sondern durch: „τοῦτο δύναται ποιεῖν,“ [hoc *potest* facere,] ausgedrückt.) — §. 1. I. de usufr. (II. 4.) „. . . . . Sine testamento vero si quis velit alii usumfructum constituere, *pactionibus et stipulationibus* id efficere debet. . . . .“ l. 3. pr. D. eod. (VII. 1.) „. . . . . Et sine testamento autem si quis velit usumfructum constituere, *pactionibus et stipulationibus* id efficere potest.“ l. 3. §. 3. D. eod. pr. I. de usu (II. 5.) — Dieser Ansicht widerstreitet auch weder die l. 3. pr. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) „*Obligationum* substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut *servitutem nostram faciat* . . . . .,“ da sie nur sagt, daß das Wesen der Forderungsrechte (nicht aber der Verträge,) nicht in der Begründung eines dinglichen Rechts bestehe, noch auch die l. 11. §. 1. D. de Public. in rem act. (VI. 2.), l. 20. D. de servitut. (VIII. 1.) l. 1. §. 2. D. de S. P. R. (VIII. 3.), da diese Stellen die traditio und patientia nicht zur Begründung des dinglichen Rechts einer Servitut fordern, sondern vielmehr vom Besitz der Servituten und von den Erfordernissen zur Publicianischen Klage wegen derselben handeln. — Doch ist hierüber, besonders in neuern Zeiten, viel gestritten worden. Die hierher gehörigen Schriften s. bey Mackeldey §. 291c Note a), und die verschiedenen Meinungen selbst bey Mühlenbruch im Lehrb. des Pand. Rechts §. 292., und vornehmlich bey H. Haertel de servitut. per pacta et stipulationes constitut. ex jure Rom. (Lips. 1828.) §. 11—20. — Wenn übrigens in den oben angef. Stellen *pactiones* und *stipulationes* neben einander erwähnt werden, so ist dieß wohl nicht so zu verstehen, als ob bey der vertragsmäßigen Bestellung einer Servitut zur pactio allemal und nothwendig noch eine stipulatio hinzukommen müsse, — denn sonst wäre die Erwähnung der pactio, da sie ja ihrem Wesen nach allemal auch in der stipulatio enthalten ist, gar nicht nöthig gewesen, und überdieß kommt in manchen Stellen in Bezug auf die Errichtung von Servituten eben sowohl die pactio allein, als die stipulatio allein, vor, z. B. l. 12. D. de pignor. (XX. 1.) l. 14. pr. C. de servitut. (III. 34.) l. 12. §. 4. C. de aedific. priv. (VIII. 10.) l. 25. §. 7. D. de usufr. (VII. 1.) l. 17. D. de stipulat. serv. (XLV. 3.), — sondern es soll durch jene Zusammenstellung wohl nur angedeutet werden, daß es üblich und rathsam sey, mit der pactio über eine Servitut auch die stipulatio zu verbinden, sey es wegen der größern Bestimmtheit der Stipulationsformel, oder auch als eine die pactio unterstützende poenae stipulatio (Conventionalstrafe) für den Fall, wenn dem über die Servitut abgeschlossenen Vertrag entgegengehandelt würde. Diesen letztern Zweck hebt

Theophil. II. 3. §. 4. hervor, und für ihn allein entscheidet sich, nebst mehrern Andern, auch Härtel a. a. O. §. 33., welcher auch §. 23. auszuführen sucht, daß die Stipulationen ihrer Formeln wegen zur Bestellung von Servituten weniger passend gewesen seyen, als die pacta. Noch mehrere andere Gründe, aus denen sich die Verbindung einer stipulatio mit einem pactum bey der Errichtung der Servituten erklären lasse, führt Schmidtlein an im Archiv f. d. Civil. Prax. B. 9. S. 189. fgg.

e) Denn wenn freylich sich Jemand durch Vertrag verpflichtet, erst eine Servitut bestellen zu wollen, so entsteht daraus für den Andern zunächst nur ein Forderungsrecht; weßhalb denn auch bisweilen die Stipulation über eine Servitut von der wirklichen Errichtung derselben unterschieden wird, z. B. l. 98. pr. u. l. 136. §. 1. D. de verb. oblig. (XLV. 1.) l. 11. D. de servitut. (VIII. 1.) Vatic. Fr. §. 55. u. 57.

f) l. 32. u. l. 36. §. 1. D. de usufr. (VII. 1.) l. 19. D. de servitut. (VIII. 1.) l. 6. pr. u. l. 8. D. commun. praed. (VIII. 4.)

g) Davon handeln eigene Digestentitel, nämlich de usu et usufr. (et reditu) et habitat. et oper. per legat. dat. (XXXIII. 2.) und de servitute legata (XXXIII. 3.)

h) Daß die operae servi, wo nicht ausschließlich, doch gewöhnlich durch Legat begründet wurden, ist bereits im §. 196. Note d) bemerkt worden. Ferner wird in dem Senatusconsult, wodurch der quasi usufructus eingeführt wurde, lediglich der Errichtung desselben durch Legat gedacht (§. 191. Note e)). Aber auch bey'm wirklichen usufructus, ingleichen bey'm usus und bey der habitatio wird vorzugsweise der Fall ihrer Errichtung durch letzte Willen in unsern Quellen berücksichtigt, z. B. Vatic. Fr. §. 58—60. §. 64—74. §. 76—88. §. 90. u. 91. l. 27. pr. u. §. 2. l. 28—30. l. 33. pr. l. 34—36. l. 41—43. l. 46—55. l. 67. 68. l. 72—74. D. de usufr. (VII. 1.) tit. D. de usufr. accresc. (VII. 2.) tit. D. quando dies usufr. legat. ced. (VII. 3.) l. 2. l. 8. §. 1. l. 9. 10. l. 12. §. 2—5. l. 14. §. 1—3. l. 15. l. 16. pr. l. 17—20. u. l. 22. D. de usu et habitat. (VII. 8.) l. 1. pr. D. usufructuar. quemadm. cav. (VII. 9.) u. s. w.

i) §. 1. I. de usufr. (II. 4.) l. 6. pr. D. eod. (VII. 1.)

k) l. 1. §. 1—4. D. si usufr. pet. (VII. 6.) l. 10. D. de S. P. U. (VIII. 2.) l. 20. pr. D. si serv. vind. (VIII. 5.) l. 44. §. 9. u. l. 81. §. 3. D. de legat. I. (XXX.) l. 15. §. 1. D. de usu et usufr. per legat. dat. (XXXIII. 2.) Vgl. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 9. S. 77. fgg. — Daß übrigens das Nämliche auch bey der in jure cessio gegolten habe, wird im §. 54. der Vatic. Fr. ausdrücklich bemerkt.

l) l. 6. §. 1. D. de usufr. (VII. 1.) l. 16. §. 1. u. l. 22. §. 3. D. famil. ercisc. (X. 2.) l. 6. §. 10. D. commun. divid. (X. 3.) Im ältern Recht scheint dieß jedoch nur in einem judicium legitimum Statt gefunden zu haben. Vatic. Fr. §. 47. Vgl. auch §. 152. Note c).

m) l. 12. pr. D. de religios. (XI. 7.)

n) Z. B. l. 1. C. de bon. matern. (VI. 60.) l. 6. pr. C. de bon., quae liber. (VI. 61.) — l. 3. pr. l. 6. §. 1. C. de secund. nupt. (V. 9.) Nov. 117. c. 5.

o) Z. B. Mackeldey im Lehrb. des heut. Röm. Rechts §. 291 c z. E.

p) Denn allerdings können gegen dergleichen gesetzliche Eigenthumsbeschränkungen, und die denselben entsprechenden Eigenthumsbefugnisse der Nachbarn Servituten erworben werden. Vgl. das über das jus stillicidium non avertendi, altius tollendi und prospiciendi im §. 190. Nr. 4 — 6. Bemerkte.

§. 199.

Von der Ersitzung der Servituten insbesondere[a]).

Zur Erwerbung der Servituten ist die *usucapio*, da sie, wenigstens ihrer ursprünglichen Bestimmung nach, sich blos auf körperliche Sachen bezieht (Zusatz 1. zum §. 163.), und die zu ihr erforderliche continua possessio bey vielen Servituten gar nicht vorkommen kann[b]), ja eine eigentliche possessio bey den Servituten überhaupt nicht einmal Statt findet[c]), nicht geeignet[d]). Gleichwohl scheinen sie die Röm. Juristen in den Zeiten der Republik auch auf Servituten, als eine Erwerbungsart derselben, angewendet zu haben[e]); doch wurde dieß durch eine lex Scribonia von ungewissem Zeitalter aufgehoben[f]). — Dagegen bildete sich allmählig, aus Rücksicht auf das practische Bedürfniß, im Gerichtsbrauche die Ansicht, daß Servituten allerdings durch langjährige Ausübung (diuturnus usus, longa quasi possessio, longae possessionis praerogativa, longa consuetudo oder longi temporis consuetudo) erworben, und dann durch eine utilis actio geltend gemacht werden könnten[g]); wobey man wahrscheinlich die Analogie der bey'm Eigenthum üblich gewordenen longi temporis praescriptio oder l. t. possessio (§. 163.) befolgte[h]). Zu dieser Servituten-Ersitzung nun, die sowohl bey persönlichen, als bey Prädial-Servituten Statt findet[i]), ist Folgendes erforderlich: 1) Die quasi possessio des Dienstbarkeitsrechts[k]), welche nach Verschiedenheit des Letztern auf verschiedene Art erworben werden kann (§. 142.), jedenfalls aber die bestimmte Absicht des Besitzers, diese Servitut als sein Recht auszuüben, voraus-

ſetzt [l]). 2) Der Erſitzende muß ſich bey'm Anfange des Beſitzſtandes in gutem Glauben, d. h. in der Meinung der Rechtlichkeit ſeines Beſitzes, befunden haben [m]), und es darf während der ganzen Verjährungszeit der Beſitz nicht auf fehlerhafte Art, alſo weder vi, noch clam, noch precario (§. 136. Nr. 1.), ausgeübt worden ſeyn [n]); wogegen auf einen rechtmäßigen Erwerbsgrund hierbey weiter Nichts ankommt [o]). 3) Seit dem Anfange des dießfallſigen Beſitzes muß ein Zeitraum von 10 Jahren inter praesentes oder von 20 Jahren inter absentes (§. 163. Note gg) u. §. 165.) abgelaufen ſeyn [p]), oder gar die Zeit von 30. oder 40. Jahren, wenn nämlich die mit einer Servitut zu belaſtende Sache von der Art iſt, daß ſie nur eine außerordentliche Erſitzung zuläßt (§. 166. u. 168.) [q]). 4) Die Erſitzung der Servitut darf nicht unterbrochen worden ſeyn, ſey es durch den Verluſt des Dienſtbarkeitsbeſitzes (§. 142. z. E.) [r]), oder durch Anſtellung einer Klage, oder förmliche Einlegung einer Proteſtation [s]), oder auch durch bloßen, gegen die fernere Ausübung der Servitut erhobenen Widerſpruch von Seiten deſſen, gegen welchen die Erſitzung gerichtet iſt [t]). — Uebrigens findet auch bey dieſer Art der Erſitzung die accessio temporis (§. 164. Note t)) Statt [u]).

a) Vgl. Unterholzner's Verjährungslehre §. 187—216. und die daſelbſt zum §. 187. Note 599. angef. Schriften.

b) l. 14. pr. D. de servitut. (VIII. 1.) „. . . . . quia tales sunt servitutes, ut *non habeant certam continuamque possessionem;* nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. . . . " Vgl. Unterholzner i. a. W. §. 192. u. 193.

c) l. 32. §. 1. in f. D. de S. P. U. (VIII. 2.) „. . . . . natura enim servitutum ea est, *ut possideri non possint*, ... " l. 4. §. 27. D. de usurpat. (XLI. 3.)

d) l. 14. pr. D. de servitut. (VIII. 1.) „Servitutes praediorum rusticorum . . . . . *usu non capiuntur*. . . . . Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur." l. 43. §. 1. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) l. 44. §. 5. D. de usurpat. (XLI. 3.)

e) Dieß ergiebt ſich nämlich aus dem in d. l. 4. §. 29. D. de usurpat. (XLI. 3.) angeführten Inhalt der lex Scribonia. (S. die folg. Note.) — Ueber die Gründe, welche die Röm. Juriſten nach den zwölf Tafeln bewogen haben mögen, die Uſucapion auch auf die Erwerbung von Ser-

vituten auszudehnen, und über den sehr verschieden gedeuteten Umfang dieser Ausdehnung s. des Verfassers Bemerkungen ꝛc. S. 168. fgg.

f) l. 4. §. 29. D. cit. „. . . . . *eam usucapionem sustulit* lex Scribonia, *quae servitutem constituebat*, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute. . . . " — Ueber das Zeitalter und den Urheber der lex Scribonia, deren sonst nirgends, als in der angef. Digestenstelle, Erwähnung geschieht, sind sehr verschiedene Meinungen aufgestellt worden, (s. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 9. S. 111. Note 2),) die aber eben so wenig auf feste Begründung Anspruch machen können, als die Vermuthung von Bach in d. Histor. jurispr. Rom. II. 2. 1. §. 88. not. r) u. §. 93. und von Hugo in d. Rechtsgesch. S. 713., daß die hierher gehörige lex identisch sey mit der lex Scribonia *viaria*. Vgl. auch Unterh. i. a. W. §. 196. z. E. u. §. 197. — Daß übrigens noch zu Cicero's Zeit die usucapio bey den servitut. praed. rustic. Statt gefunden habe, läßt sich aus den gewöhnlich dafür angef. Worten Cicero's pro Caecin. c. 26. „. . . . . Aquaeductus, haustus, iter, actus a patre, sed *rata auctoritas harum rerum omnium a jure civili sumitur*. . . . . " wenigstens nicht mit Bestimmtheit erweisen. Vgl. Hugo's Rechtsgesch. S. 536. Note 9) und Unterh. i. a. W. B. 2. S. 140. fgg.

g) l. 10. pr. D. si serv. vind. (VIII. 5.) l. 1. §. ult. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.) l. 5. §. 3. D. de itin. (XLIII. 19.) l. 1. C. de servitut. (III. 34.) — Nicht entgegenstehend ist l. 10. §. 1. D. de usurpat. (XLI. 3.), über deren verschiedene Erklärungen s. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 9. S. 114. Note 11) u. S. 121. N. 30) und Unterh. i. a. W. B. 2. S. 148. fgg. u. 165. fgg.

h) Dieß ergiebt sich nicht nur aus den oben angeführten Benennungen dieses Instituts (s. die Stellen der vorigen Note), sondern insbesondere auch aus l. 2. C. de servitut. (III. 34.) „. . . . . servitutem *exemplo rerum immobilium tempore* quaesisti . . . . ," und l. 12. in f. C. de praescript. longi temp. (VII. 33.) — Vgl. übrigens Unterh. i. a. W. B. 2. S. 147. fgg. u. §. 203. und Hameaux die usucap. u. longi temp. praescript. S. 31. fgg.

i) l. 12. in f. C. cit. „. . . . . Eodem observando, et si res non soli sint, sed incorporales, quae in jure consistunt, *veluti usus-fructus et ceterae servitutes*." l. 1. §. 23. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.) Verschiedene Ansichten hierüber s. bey Unterh. i. a. W. §. 207. und Seuffert in den Erörterungen ꝛc. II. S. 69. fgg. — Hameaux a. a. O. S. 33. fgg. glaubt, daß erst Justinian durch die l. 12. C. cit. die longi temporis praescriptio auch auf Personalservituten angewendet habe, jedoch nur, wenn diese sich auf unbewegliche Sachen bezögen.

k) Dieses schon im Begriff und Wesen der Ersitzung liegende Erforderniß wird auch in den oben angef. Benennungen: longa *quasi possessio*, longae *possessionis* praerogativa, ausgedrückt.

l) l. 1. §. 6. u. l. 7. D. de itin. (XLIII. 19.) l. 25. D. quemadm. servit. amitt. (VIII. 6.) „Servitute usus non videtur, nisi is, *qui suo jure uti se credidit;* ideoque si quis pro via publica, vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio utiliter competit.“

m) l. 25. D. cit. (Das zweydeutige *credidit* im ersten Satze dieser Stelle läßt sich nicht blos auf den possidendi animus, worauf allerdings der Nachsatz zunächst hinweiset, sondern eben so gut auch auf die bona fides beziehen. A. M. ist von Savigny im Recht des Besitzes S. 536. Note 3) und mit ihm Seuffert a. a. O. S. 66.) — l. 1. §. 10. u. 19. D. de aqua quotid. (XLIII. 20.) Auch sind die in d. l. 12. C. de praescript. longi temp. (VII. 33.) vorkommenden Worte: „*bono initio* possessionem tenentis,“ hierauf zu beziehen, wenn man damit den letzten Satz dieser Stelle in Verbindung bringt. — Nicht ganz einverstanden ist Unterh. i. a. W. B. 2. S. 179. fgg., und überhaupt nehmen Viele das Erforderniß der bona fides bey der Servituten-Ersitzung nicht an, während dagegen Andere, wenigstens für das Vorjustinianische Recht, sogar eine die ganze Verjährungszeit hindurch fortdauernde bona fides erfordern. Vgl. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 9. S. 124. Note 36).

n) l. 10. pr. D. si serv. vind. (VIII. 5.) l. 1. §. ult. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.) l. 1. C. de servitut. (III. 34.) — Ueber die in d. l. 2. C. eod. vorkommenden Worte: „*eo sciente,*“ s. Glück a. a. O. S. 124. fgg. und Unterh. i. a. W. §. 212.

o) l. 10. pr. D. si serv. vind. (VIII. 5.) „Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, *non est ei necesse docere de jure,* quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse.“ Vgl. Unterh. i. a. W. §. 211. Nr. 1. und Hasse im Rhein. Mus. J. 2. H. 4. S. 401. fgg. — A. M. ist mit mehrern Aeltern neuerlich wiederum Bessel im Archiv f. d. Civil. Prax. B. 13. Nr. 19.

p) Dieß ergiebt sich, außer der bey Paul. V. 5. a. §. 8. vorkommenden Bestimmung des *longum tempus,* insbesondere aus den in d. Note h) angef. Worten der l. 2. C. de servitut. (III. 34.) und den Schlußworten der l. 12. in f. C. de praescript. longi temp. (VII. 33.) in Verbindung mit den vorhergehenden Sätzen dieser lex. — Die nach dem Vorgange von Ev. Otto de usucap. serv. §. 9. neuerlich von Zimmern in Dessen und Neustetel's Römischrechtl. Untersuch. S. 108. fgg. aufgestellte Meinung, als habe es für die Ersitzung der Servituten keine festbestimmten Fristen gegeben, sondern die Beurtheilung des *longum tempus* sey dem Ermessen des Richters anheimgestellt gewesen, ist mit Recht von mehrern Seiten bekämpft worden. S. Thibaut im Arch. f. d. Civil. Prax. B. 5. S. 323. fgg., Unterh. i. a. W. §. 199. und Hasse a. a.

O. S. 398. fgg. — Uebrigens findet bei der Servituten-Ersitzung wohl nicht die civilrechtliche, sondern die natürliche Zeitberechnung Statt. Vgl. §. 99. z. E. u. §. 164. Note s).

q) arg. l. 5. C. in quib. caus. in integr. restit. (II. 41.) l. 5. C. de fund. rei priv. (XI. 65.) Nov. 131. c. 6. — Vgl. Unterh. i. a. W. §. 204. 208. u. 213.

r) Ueber die verschiedenen Arten, wie der Dienstbarkeitsbesitz vor dem Ablaufe der Verjährungszeit aufhören kann, s. Unterh. i. a. W. §. 214.

s) l. 10. C. de acquir. possess. (VII. 32.) l. 2. C. de annal. except. (VII. 40.).

t) arg. l. 3. pr. u. §. 1. D. de itin. (XLIII. 19.) l. 1. §. 5. u. 7. D. quod vi aut clam (XLIII. 24.) l. 2. C. de servitut. (III. 34.) „. . . . . Quod si *ante id spatium* ejus *usus* tibi *interdictus* est, frustra sumtus in ea re factos praestari tibi postulas . . . . .“ Vgl. Unterh. i. a. W. §. 215.

u) arg. Gaj. IV. §. 151. l. 3. §. 6 — 10. u. l. 6. D. de itin. (XLIII. 19.)

§. 200.

Erlöschungsgründe der Servituten [a]).

D. quibus modis ususfructus vel usus amittitur (VII. 4.) und quemadmodum servitutes amittuntur (VIII. 6.)

Zu den gemeinschaftlichen Erlöschungsgründen sowohl der Prädial- als der Personal-Servituten gehören folgende: 1) Der gänzliche Untergang der dienstbaren Sache [b]); wogegen eine blos vorübergehende Veränderung an ihr, welche die Ausübung der Servitut für einige Zeit unmöglich macht, z. B. Ueberschwemmung, dem Rechte der Servitut selbst keinen Eintrag thut [c]). Bey'm usus fructus aber steht eine wesentliche Veränderung oder Umgestaltung der res fructuaria dem Untergange derselben gleich [d]); doch wird durch einen blos theilweisen Untergang oder eine theilweise Umgestaltung der res fructuaria der Nießbrauch auch nur theilweise aufgehoben [e]), während dagegen eine Prädialservitut bey einem blos theilweisen Untergange des dienstbaren Grundstücks in ihrem ganzen Umfange, soweit ihre fernere Ausübung möglich ist, fortbestehen bleibt [f]); was auch wohl bey dem usus und der habitatio aus Rücksicht auf ihre Untheilbarkeit (§. 186. Note m)) anzunehmen

iſt. 2) Die *confusio* (§. 97. Nr. 3.), welche bey Prädialſervituten alsdann eintritt, wenn das Eigenthum an beyden Grundſtücken, dem berechtigten und dem dienenden, ſich in der nämlichen Perſon vereinigt [g]), bey'm ususfructus aber alsdann, wenn der Uſufructuar das Eigenthum an der res fructuaria erwirbt [h]), (welcher Fall auch ſpeciell *consolidatio* heißt [i])). Eben ſo erliſcht aber, vermöge des Grundſatzes: Nulli res sua servit (§. 186. Note b)) der Nießbrauch auch im umgekehrten Fall, wenn er ſich wieder mit der Proprietät in der Perſon des Proprietars vereinigt [k]). Das Nämliche gilt in beyden Beziehungen auch von den übrigen perſönlichen Servituten [l]). 3) Die Beendigung des blos temporären Rechts an der Sache auf Seiten deſſen, welcher die Servitut beſtellt hatte, und nur für die Dauer ſeines Rechts beſtellen konnte [m]). 4) Der Eintritt der Zeit oder Bedingung, von welcher das Ende der Servitut nach ausdrücklicher Willensbeſtimmung oder nach geſetzlicher Vorſchrift abhängig gemacht iſt [n]). 5) Das freywillige Aufgeben der Servitut von Seiten des Berechtigten [o]), welches auch ſtillſchweigends erfolgen kann [p]), in dem Falle aber, wenn das ſervitutberechtigte Grundſtück ſich im Miteigenthume Mehrerer befindet, ohne Zuſtimmung aller Intereſſenten ganz wirkungslos iſt [q]). 6) Die aufhebende Verjährung (§. 201.). — Zu dieſen gemeinſchaftlichen Erlöſchungsgründen der Servituten kommen noch einige beſondere, und zwar A) bey den Prädialſervituten: der Untergang des berechtigten Grundſtücks [r]), und B) bey den Perſonalſervituten, oder doch Mehrern derſelben: theils der Tod des Servitutberechtigten (§. 186. Note l)) [s]), theils eine capitis deminutio deſſelben [t]), wobey jedoch zwiſchen dem Vorjuſtinianiſchen und dem Juſtinianiſchen Rechte der Unterſchied vorkommt, daß nach dem Erſtern auch eine minima cap. dem. den Verluſt der perſönlichen Servitut zur Folge hatte [u]), nach dem letztern aber nur die maxima und media [v]).

a) Vgl. von Buchholtz Verſuche ꝛc. Nr. 17.

b) §. 3. in f. I. de usufr. (II. 4.) l. 2. D. eod. (VII. 1.) l. 24. pr. u. §. 1. u. l. 30. D. h. t. (VII. 4.) l. 20. §. 2. in f. D. de S. P. U. (VIII. 2.) — Doch bleibt eine Prädialſervitut nach der Zerſtörung des

dienſtbaren Gebäudes noch an der Grundfläche haften, und lebt daher auch nach Wiederherſtellung des Gebäudes in ihrem vorigen Umfange wieder auf. l. 31. u. arg. l. 20. §. 2. D. eod. Bey'm usufructus aber, und nach deſſen Muſter auch bey'm usus (ſ. Note l)), iſt Keins von Beyden der Fall. Paul. III. 6. §. 31. §. 3. in f. I. cit. l. 5. §. 2. u. l. 10. §. 7. D. h. t. (VII. 4.) Umgekehrt wird auch der an einer Grundfläche beſtellte Nießbrauch durch Errichtung eines Gebäudes aufgehoben, jedoch nach der Zerſtörung deſſelben wieder hergeſtellt. l. 5. §. 3. l. 6. u. 7. D. eod. l. 71. D. de usufr. (VII. 1.) u. l. 9. pr. D. si serv. vind. (VIII. 5.)

c) l. 23. u. l. 24. pr. u. §. 1. D. h. t. (VII. 4.) l. 14. pr. D. h. t. (VIII. 6.)

d) l. 10. §. 2 — 8. u. l. 31. D. h. t. (VII. 4.)

e) l. 8. l. 9. l. 10. pr. u. l. 14. D. eod.

f) arg. l. 18. D. de S. P. R. (VIII. 3.) l. 9. §. 1. D. si serv. vind. (VIII. 5.) l. 8. §. 1. D. h. t. (VIII. 6.)

g) l. 1. D. h. t. (VIII. 6.) l. 10. in f. D. commun. praed. (VIII. 4.) l. 30. pr. D. de S. P. U. (VIII. 2.) Wenn jedoch der Eigenthümer des einen Grundſtücks nur einen Theil des andern Grundſtücks erwirbt, ſo beſteht auch die Servitut theilweiſe fort, l. 30. §. 1. D. eod. l. 8. §. 1. D. de servitut. (VIII. 1.), und gelangt das eine oder andere Grundſtück an einen neuen Eigenthümer, ſo iſt dann auch die durch confusio vorher erloſchene Servitut wieder herzuſtellen, wenn es die Natur des hierbey vorkommenden Rechtsverhältniſſes ſo mit ſich bringt. l. 18. D. eod. l. 9. D. commun. praed. l. 7. D. de fundo dot. (XXIII. 5.) l. 116. §. 4. D. de legat. I. (XXX.)

h) l. 27. D. h. t. (VII. 4.) l. 4. D. usufruct. quemadm. cav. (VII. 9.) l. 6. D. de manumiss. testam. (XL. 4.)

i) §. 3. I. de usufr. (II. 4.) Vatic. Fr. §. 83. l. 3. §. 2. D. de usufr. accresc. (VII. 2.) — Auf dieſen Fall bezieht ſich auch der Ausdruck: *dominii* oder *proprietatis comparatio.* Paul. III. 6. §. 28. l. 27. D. h. t. (VII. 4.)

k) Auch für dieſen Fall wird das Wort *consolidare* gebraucht, z. B. l. 78. §. 2. D. de jure dot. (XXIII. 3.)

l) arg. pr. I. de usu (II. 5.) „..... nudus usus ..... iisdem . . illis modis finitur, quibus et ususfructus desinit.“ l. 3. §. 3. D. de usufr. (VII. 1.) Auch in der Ueberſchrift des oben angef. Digeſtentitels (VII. 4.) wird der usus in Anſehung der Erlöſchungsgründe dem usufructus gleichgeſtellt.

m) l. 16. D. h. t. (VII. 4.) Vgl. auch §. 197. Note b) u. c).

n) Paul. III. 6. §. 33. l. 4. pr. D. de servitut. (VIII. 1.) l. 35. D. de usu et usufr. per legat. dat. (XXXIII. 2.) l. 5. u. 12. C. de usufr. (III. 33.) Vgl. auch §. 187. Note l). — Ein geſetzlich beſtimmter

Endtermin kommt bey manchen Fällen des Nießbrauchs vor, z. B. l. 6. §. 3. C. de bon., quae liber. (VI. 61.) u. §. 2. I. per quas pers. nob. acquir. (II. 9.) — Eine andere, hierher gehörige Bestimmung enthält l. un. C. si secundo nups. mul. (V. 10.), die jedoch durch die Nov. 22. c. 32. abgeändert worden ist.

o) l. 14. §. 1. D. de servitut. (VIII. 1.) l. 20. pr. D. de S. P. R. (VIII. 3.) l. 17. in f. D. commun. praed. (VIII. 4.) Vgl. auch §. 192. Note o).

p) l. 64. D. de usufr. (VII. 1.) l. 8. pr. D. h. t. (VIII. 6.) l. 4. §. 12. D. de doli mal. except. (XLIV. 4.)

q) l. 34. pr. D. de S. P. R. (VIII. 3.)

r) l. 20. §. 2. D. de S. P. U. (VIII. 2.) Wird jedoch das servitutberechtigte Gebäude wiederhergestellt, so lebt auch die vorige Servitut wieder auf. l. cit.

s) Vgl. §. 186. Note l). Ueber eine hierher gehörige Eigenthümlichkeit der operae servi s. §. 196. Note g). — Daß übrigens der Tod des Servitutberechtigten für die Prädialservituten kein Erlöschungsgrund sey, wird in der l. 3. D. h. t. (VIII. 6.) ausdrücklich bemerkt.

t) Auch von diesem Erlöschungsgrunde spricht die l. cit. das Nämliche aus. Daß er aber auch unter den persönlichen Servituten auf die habitatio und die operae servi keine Anwendung leide, ist bereits im §. 195. bey Note m), und im §. 196. bey Note h) bemerkt worden.

u) Paul. III. 6. §. 28. u. 29. — l. 1. D. h. t. (VII. 4.)

v) l. 16. §. 2. C. de usufr. (III. 33.) §. 3. I. eod. (II. 4.) u. §. 1. in f. I. de acquis. per arrogat. (III. 10. od. 11).

Zusatz 1. Der einem Vater durch seinen Haussohn erworbene ususfructus soll nach Justinian's Verordnung in der l. ult. C. de usufr. (III. 33.) weder durch den natürlichen, noch durch den bürgerlichen Tod (Zusatz 1. §. 32.) des Vaters erlöschen, sondern alsdann dem Sohne verbleiben; was jedoch nach dem von Justinian dafür angeführten Grunde: „cum plerumque verisimile sit, *testatorem* contemplatione magis filii, quam patris, usumfructum ei reliquisse," wohl nur auf den durch einen letzten Willen hinterlassenen Nießbrauch zu beschränken ist.

Zusatz 2. Der einer Gemeinheit zuständige Nießbrauch erlischt theils durch die Aufhebung ihrer bürgerlichen Existenz, l. 21. D. h. t. (VII. 4.), theils durch den Ablauf von 100 Jahren, (als Surrogat von dem natürlichen Tode eines Menschen, nach der im Zusatz 2. zum §. 25. bemerkten Ansicht des Röm. Rechts, daß 100. Jahre das längste Ziel des menschlichen Lebens seyen). l. 56. D. de usufr. (VII. 1.) l. 8. D. de usu et usufr. per legat. dat. (XXXIII. 2.)

§. 201.

Von der aufhebenden Verjährung der Servituten insbesondere[a]).

Was die aufhebende Verjährung der Servituten[b]) anlangt, so erlöschen durch bloßen Nichtgebrauch (*non utendo*) von Seiten des Berechtigten sowohl der ususfructus[c]), und usus (§. 200. Note l))[d]), als auch die serv. praed. *rusticorum*[e]). Dagegen ist bey den serv. praed. *urbanorum* außer dem Nichtgebrauche des Servitutberechtigten auch die *usucapio libertatis* erforderlich[f]), welche darin besteht, daß der Besitzer der dienstbaren Sache eine die Ausübung der Servitut ausschließende Handlung vorgenommen hat, und darüber die Verjährungszeit abgelaufen ist[g]); nur muß er sich diese Zeit hindurch fortwährend im Besitz der dienenden Sache befunden haben[h]), und es darf sein Freyheitsbesitz nicht auf einem precarium beruhen[i]). Im Vorjustinianischen Rechte nun war bey Servituten an Grundstücken der Zeitraum von zwey Jahren, und bey Servituten an beweglichen Sachen schon die Zeit von einem Jahre zur aufhebenden Verjährung hinreichend[k]); Justinian hingegen setzte an die Stelle dieser kurzen Fristen für die Erlöschung der Servituten, ohne Unterschied, ob sie sich auf bewegliche oder unbewegliche Sachen bezögen, zehn Jahre inter praesentes und zwanzig inter absentes (§. 165. Note c))[l]). Solche Servituten aber, welche nur mit Zwischenräumen von mehr, als einem Tage, ausgeübt werden dürfen (serv. *discontinuae* §. 185.), erlöschen immer erst in einer doppelten Verjährungszeit[m]), also nach dem Justinianischen Rechte niemals unter 20. Jahren[n]); und sogar der Zeitablauf von 30. oder 40. Jahren ist erforderlich, wenn Dienstbarkeitsrechte solcher Personen oder Grundstücke, denen auch in andern Beziehungen die Begünstigung der außerordentlichen Verjährung zu Statten kommt, erlöschen sollen[o]). — Uebrigens wird die Servitut erhalten, wenn sie auch nicht vom Berechtigten selbst, sondern von irgend einem Stellvertreter ausgeübt worden ist[p]). Auf der an-

dern Seite wird aber auch dem Nachfolger im Beſitz des ſervitutberechtigten Grundſtücks die Zeit mit angerechnet, während welcher ſein Vorgänger die Servitut nicht ausgeübt hat [q]). Endlich iſt bey'm usufructus noch die Eigenthümlichkeit bemerkenswerth, daß er, wenn er die Verjährungszeit hindurch nur theilweiſe ausgeübt worden iſt, auch nur theilweiſe fortbeſteht [r]), während dagegen die übrigen Servituten, wegen ihrer Untheilbarkeit (§. 186. Note m)), durch theilweiſe Ausübung ganz erhalten werden [s]).

a) Vgl. Unterholzner's Verjährungsl. §. 217 — 234.

b) Ueber die Entſtehung dieſer Verjährungsart, welche wahrſcheinlich, ſo viel ſich aus ihrer urſprünglichen Dauer (Note k)) abnehmen läßt, auf einer ausdehnenden Anwendung der usucapio beruhte, läßt ſich nur ſo viel mit Beſtimmtheit ſagen, daß ſie ſchon in der Zeit der Republik bekannt war, l. 7. D. h. t. (VIII. 6.) „. . . . . Servius scribit, perdere eum *non utendo* servitutem . . . . . ," und jedenfalls älter, als die lex Scribonia (§. 199. Note f)), ſeyn muß. Vgl. Unterh. i. a. W. §. 219. Bey Provincialgrundſtücken ſcheint ſie aber im ältern Recht nicht ſtatthaft geweſen, ſondern hier durch die longi temporis praescriptio erſetzt worden zu ſeyn. Vgl. Denſ. i. a. W. §. 221.

c) Paul. III. 6. §. 28. u. 30. §. 3. I. de usufr. (II. 4.) l. 78. pr. D. de jure dot. (XXIII. 3.) l. 126. §. 1. D. de verb. oblig. (XLV. 1.) Auch iſt dieß von Juſtinian durch die l. 16. §. 1. C. de usufr. (III. 33.) nicht abgeändert worden. (S. Note l)). — Nähere Beſtimmungen über Fälle, wo ein Nichtgebrauch des usufructus ſich nicht annehmen läßt, enthält l. 12. §. 2 — 4. D. eod. (VII. 1.) — Es iſt aber dieſer Erlöſchungsgrund weder auf einen ſolchen usufructus anwendbar, welchen der Berechtigte blos ein Jahr um das andere ausüben darf, (denn hier wird der Nießbrauch eines jeden Jahres als ein beſonderes, für ſich beſtehendes Recht angeſehen,) l. 28. D. h. t. (VII. 4.) l. 13. D. de usu et usufr. per legat. dat. (XXXIII. 2.), noch auch auf den ususfructus *pecuniae*. Vatic. Fr. §. 46. (wo die Lücke hinter non utendo, dem ganzen Zuſammenhange nach, durch: *non perit*, oder *non amittitur* oder einen ähnlichen Ausdruck zu ergänzen iſt, vgl. auch die Ausg. von Bethmann-Hollweg,) l. 9. u. l. 10. pr. D. de usufr. ear. rer. (VII. 5.) l. 7. §. 1. D. usufructuar. quemadm. cav. (VII. 9.) — Uebrigens war es im ältern Recht controvers, ob mit dem Verluſte des usufructus durch Nichtgebrauch zugleich auch die perſönliche Klage gegen den Beſteller deſſelben oder deſſen Erben verloren gehe. l. 16. pr. C. de usufr. u. Vatic. Fr. §. 46. (wo die verneinende Meinung vorkommt.) Juſtinian aber entſchied in der l. 16. §. 1. C. cit. dieſe Streitfrage bejahend. S. Note l).

d) Daß die habitatio und die operae servi durch Nichtgebrauch nicht verloren gehen, iſt als eine Eigenthümlichkeit dieſer Servituten bereits im §. 195. bey Note m), und im §. 196. bey Note h) bemerkt worden.

e) Paul. I. 17. §. 1. l. 6. D. de S. P. U. (VIII. 2.) l. 18. D. de S. P. R. (VIII. 3.) l. 13. C. de servitut. (III. 34.) — Eine Ausnahme kommt bey dem Zugangsrechte zu einem Begräbnißplatze vor. l. 4. D. h. t. (VIII. 6.) Vgl. Unterh. i. a. W. §. 227. Nr. 1.

f) l. 6. D. de S. P. U. (VIII. 2.) „Haec autem jura similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt; nisi quod haec dissimilitudo est, *quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat* . . . . . “ Ueber den Grund dieſer Eigenthümlichkeit bey den serv. praed. urbanorum, die nach der richtigern Anſicht (vgl. Unterh. i. a. W. §. 224. und von Buchholtz in den Verſuchen S. 195. fgg.) auch von Juſtinian durch die l. 13. C. de servitut. (III. 34.) nicht aufgehoben worden iſt, und über verſchiedene Anſichten Anderer ſ. Unterh. i. a. W. §. 217. u. 218.

g) l. 6. u. 7. D. de S. P. U. (VIII. 2.) l. 18. §. 2. D. h. t. (VIII. 6.) l. 4. §. 29. D. de usurpat. (XLI. 3.) Vgl. auch Unterh. i. a. W. §. 232.

h) l. 32. §. 1. D. de S. P. U. (VIII. 2.) Vgl. auch Unterh. i. a. W. §. 234.

i) l. 32. pr. D. eod. l. 17. D. commun. praed. (VIII. 4.)

k) Paul. I. 17. §. 1. u. III. 6. §. 30.

l) l. 13. C. de servitut. (III. 34.) „Sicut usumfructum, qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus diminuebatur, non passi sumus hujusmodi sustinere compendiosum interitum, *sed ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium*: ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, *ut omnes servitutes non utendo amittantur non biennio*, (quia tantummodo soli rebus annexae sunt,) *sed decennio contra praesentes, vel XX. spatio annorum contra absentes;* ut sit in omnibus hujusmodi rebus causa similis, differentiis explosis.“ Aus dieſer Conſtitution geht zugleich hervor, daß in der frühern, die Erlöſchung des ususfructus betreffenden Verordnung Juſtinians, nämlich der l. 16. §. 1. C. de usufr. (III. 33). „Sed nos hoc decidentes sancimus, non solum actionem, quae de usufructu nascitur, sed nec ipsum usumfructum non utendo cadere, ... *nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiam si dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere*,“ die Schlußworte, deren Faſſung freylich zunächſt ſich auf den Fall bezieht, wo der Gegner des Uſufructuars (der Beklagte) ſich im Beſitz der Sache befindet, im Weſentlichen nur den an die Stelle der ſonſtigen ein- und zweyjährigen Erlö-

ſchungsfriſt geſetzten Zeitraum von 10. Jahren **inter praesentes**, und von 20. Jahren **inter absentes** (nicht aber auch das Erforderniß der **usucapio libertatis**,) bedeuten ſollen, was auch durch die Art, wie die Baſiliken XVI. 8. 39. den Inhalt der l. 16. cit. angeben, beſtätigt wird. Vgl. Seuffert's Erörterungen ꝛc. Abth. 2. Nr. 15. u. Unterh. i. a. W. §. 225. — In dieſem Sinne ſind auch die Worte im §. 3. I. eod. (II. 4.) „Finitur autem ususfructus . . . . . ***non utendo per modum et tempus;*** **quae omnia nostra statuit constitutio,**“ — aufzufaſſen. — Doch ſind die Anſichten hierüber verſchieden. Vgl. z. B. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 9. S. 368. fgg. und von Buchholtz a. a. O. S. 193. fgg.

m) l. 7. D. h. t. (VIII. 6.) Vgl. Unterh. i. a. W. §. 233. Nr. 1 — 3.

n) l. 14. pr. C. de servitut. (III. 34.) Abweichend von der gewöhnlichen Meinung iſt Unterh. i. a. W. §. 233. Nr. 4. u. 5.

o) arg. l. 5. C. in quib. caus. in integr. restit. (II. 41.) Nov. 131. c. 6. Vgl. Unterh. i. a. W. §. 229.

p) l. 12. §. 2. u. l. 38 — 40. D. de usufr. (VII. 1.) l. 5. l. 6. pr. l. 12. u. l. 20 — 24. D. h. t. (VIII. 6.) l. 3. §. 4. D. de itin. (XLIII. 19.) Vgl. Unterh. i. a. W. §. 231. Nr. 1.

q) l. 18. §. 1. D. h. t. (VIII. 6.)

r) l. 5. D. de usufr. (VII. 1.) l. 14. u. 25. D. h. t. (VII. 4.) — S. jedoch l. 20. D. eod.

s) l. 18. D. de S. P. R. (VIII. 3.) l. 8. §. 1. u. l. 9. D. h. t. (VIII. 6.) — Ueber den Fall, wenn die Servitut in einer andern Art, als es ihrer Beſtellung nach geſchehen ſollte, ausgeübt worden iſt, ſ. l. 10. §. 1. l. 11. pr. u. l. 18. pr. D. eod. l. 9. §. 1. D. si serv. vind. (VIII. 5.) u. l. 5. §. 1. D. de aqua quotid. (XLIII. 20.), u. dazu Unterh. i. a. W. §. 231. Nr. 2.; ferner über den Fall, wenn das bisher gemeinſchaftlich geweſene, herrſchende oder dienende, Grundſtück in materielle Theile zerlegt wird, ſ. l. 6. §. 1. D. h. t. (VIII. 6.) und dazu Unterh. i. a. W. §. 226.

Zuſatz. Die Aeußerung von Paulus I. 17. §. 2. „**Servitus hauriendae aquae vel deducendae biennio omissa intercidit, et biennio usurpata recipitur,**“ iſt wohl am natürlichſten, wie es auch vom Weſtgothiſchen Interpreten geſchehen iſt, ſo zu erklären: daß jene beyden (hier vielleicht nur Beyſpielsweiſe angeführten) Servituten, wenn ſie durch Nichtgebrauch von zwey Jahren verloren gegangen waren, durch einen erneuerten Gebrauch von zwey Jahren wieder gewonnen werden konnten. Hiernach ſcheint alſo durch die lex ***Scribonia*** (§. 199. Note f)) mit der **usucapio servitutum** nicht auch zugleich die **usureceptio** einer verloren gegangenen Servitut aufgehoben worden zu ſeyn. Vgl. Hugo's Rechtsgeſch. S. 537. Note 11. z. E. — Doch ſind die Anſichten über dieſe Stelle, von deren Inhalte übrigens im Juſtinianiſchen Rechte, wo überhaupt die **usureceptio** nicht mehr vorkommt (§. 169.

z. E.), ſich keine Spur findet, ſehr verſchieden. Vgl. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 9. S. 117. fgg. Note 24. u. Unterh. i. a. W. B. 2. S. 135. fgg.

Viertes Capitel.

Von den auf Servituten ſich beziehenden Rechtsmitteln.

§. 202.

A) Petitoriſche Klagen.

D. si ususfructus petatur, vel ad alium pertinere negetur (VII. 6.) u. si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur (VIII. 5.)

Abgeſehen von denjenigen Klagen, welche aus den der Entſtehung der Servituten zum Grunde liegenden obligatoriſchen Verhältniſſen entſpringen [a]), ſind die bey Servituten vorkommenden Rechtsmittel theils petitoriſche, theils poſſeſſoriſche (§. 122. bey Note n)). Zu den Erſtern gehören hauptſächlich die confessoria und die negatoria actio [b]); doch kommt außerdem auch die Publiciana actio hierbey zur Anwendung (§. 176. Note g)). — Die *confessoria actio* (ſ. a. u., auch vindicatio oder petitio servitutis, und in Bezug auf den Nießbrauch auch de usufructu judicium od. actio de usufr. od. usufructus actio genannt,) iſt diejenige dingliche Klage, welche zur Geltendmachung einer Servitut dem Berechtigten gegen Jeden, der ihm ſein dießfallſiges Recht beſtreitet, oder in der Ausübung deſſelben ihn ſtört, zukommt [c]), und auf Anerkennung der Servitut, auf Leiſtung des Intereſſe wegen der erfolgten Störung, und auf Cautionsbeſtellung zur Sicherheit gegen künftige Störungen gerichtet iſt [d]). Wegen einer Prädialſervitut kann ſie direct nur vom Eigenthümer des herrſchenden Grundſtücks angeſtellt werden [e]), utiliter aber auch vom Emphyteuta, Superficiar und von dem im Beſitz des ſervitutberechtigten Grundſtücks befindlichen Pfandgläubiger [f]). Dagegen kann der Uſufructuar eine dem fundus fructuarius zuſtändige Servitut nicht unmittelbar, ſondern zunächſt nur ſeinen usufructus vindiciren, und dadurch den Beklagten nöthigen,

der vollständigen Ausübung des Nießbrauchs, mithin auch der dem fundus fructuarius zuständigen Servitut, kein Hinderniß in den Weg zu legen [g]). Insofern die actio de usufructu auf Herausgabe der res fructuaria gerichtet ist, findet sie auch gegen einen sog. fictus possessor (§. 136. Nr. 3.) Statt [h]). Daß übrigens bey der confessoria actio (abgesehen von den Fällen des gesetzlichen Nießbrauchs, §. 198. Note n)), der Kläger die von ihm behauptete und vom Beklagten geleugnete Servitut beweisen müsse, folgt schon aus der Präsumtion der natürlichen Freyheit des Eigenthums (§. 186. Note f)); aber außerdem hat er, wenn von einer Prädialservitut die Rede ist, auch das ihm am herrschenden Grundstück zuständige Recht darzuthun [i]). — Die *negatoria* oder *negativa actio* (s. a. u. auch *actio contraria* genannt, s. d. Zusatz zum §. 108.) ist diejenige dingliche Klage, welche zur Geltendmachung der natürlichen Freyheit einer Sache gegen Anmaaßungen einer Servitut oder gegen servitutähnliche Beschränkungen des Eigenthums dient (§. 174. Note g)), und daher auf Anerkennung jener Freyheit, auf Leistung des Interesse wegen der angemaaßten Servitut oder einer servitutähnlichen Störung des Eigenthums, und auf Cautionsbestellung zur Sicherheit gegen künftige Störungen gerichtet ist [k]). Diese Klage kann, da sie ihrem eigentlichen Grunde nach auf dem Eigenthumsrechte beruht (§. 174. z. E.), direct nur vom Eigenthümer der Sache angestellt werden [l]), utiliter aber auch vom Emphyteuta, Superficiar und von dem im Besitz der Sache befindlichen Pfandgläubiger [m]), und wohl auch vom Usufructuar, obgleich dieser auch durch die Vindication des Nießbrauchs sich gegen Anmaaßungen einer Servitut an der res fructuaria schützen kann [n]). Auch genügt es zur negatoria actio, wenn die Sache des Klägers nur wenigstens gegen den jetzigen Beklagten von der in Frage stehenden Servitut frey ist, gesetzt auch, daß sie einer solchen im Verhältniß zu einem Andern unterworfen seyn sollte [o]). In jedem Falle aber hat bey dieser Klage der Kläger den Grund, worauf sie beruht, d. h. sein Eigenthumsrecht, oder dafern sie von einem andern Realberechtigten utiliter angestellt wird, sein dießfallsiges Recht an der Sache, und zugleich das Eigenthum dessen, von dem er sein Recht an der Sache ableitet, darzu-

thun[p]); wogegen dem Beklagten der Beweis der von ihm mittelst einer Exception behaupteten Servitut obliegt, und zwar selbst dann, wenn er sich im Besitz derselben befindet[q]), es müßte denn bey einer solchen servitus praedii urbani, die nicht ohne eine gewisse Anlage oder Vorkehrung ausgeübt werden kann (sog. serv. qualificata), die dießfallsige Anstalt bereits getroffen seyn[r]). Uebrigens kommen die negatoria und confessoria actio (deren Jede auch mit dem Namen: *actio de servitute* [a. u.] bezeichnet wird[s])), darin mit einander überein, daß sie, was sonst bey dinglichen Klagen in der Regel nicht Statt findet (§. 104. Note i)), auch vom Besitzer der Sache oder des Rechts gegen den Nichtbesitzer angestellt werden können[t]). — Was endlich die **Publiciana actio** in ihrer Anwendung auf Servituten und deren Schutz anlangt, so setzt sie die *traditio* u. *patientia servitutis* voraus, d. h. daß der Kläger die in Frage stehende Servitut mit Bewilligung des Andern, von dem sie ihm eingeräumt worden war, ausgeübt habe[u]). Ihren Nutzen zeigt sie hauptsächlich in dem Falle, wenn man die Servitut von einem Nichteigenthümer der dienenden Sache bona fide eingeräumt erhalten hat (§. 176.), so wie im ältern Recht auch dann, wenn bey Bestellung der Servitut nicht die gehörige Form (§. 189. Note a) u. c)) beobachtet worden war[v]). Uebrigens wird auf solche Servituten, welche nicht nach strengem Civilrechte, sondern nur nach dem prätorischen Rechte oder unter dem Schutze des Prätors (tuitione Praetoris) bestehen, der Ausdruck: *possessio servitutis*, bezogen, im Gegensatz des *dominium servitutis* oder der *jure constituta servitus*[x]).

a) Vgl. z. B. l. 16. pr. C. de usufr. (III. 33.)

b) l. 2. pr. D. h. t. (VIII. 5.) „De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertinent, tam *confessoria*, quam *negatoria* . . . . . "

c) l. 2. pr. D. cit. „ . . . . . *confessoria* ei, qui servitutes sibi competere contendit . . . . . " l. 4. §. 3. u. l. 6. §. 4. D. eod. §. 2. I. de action. (IV. 6) — l. 4. §. 5. l. 6. §. 3. l. 9. pr. u. l. 10. §. 1. D. h. t. (VIII. 5.) l. 5. §. 1. D. h. t. (VII. 6.) l. 1. §. 25. in f. D. de aqua quotid. (XLIII. 20.)

d) l. 4. §. 2. l. 6. §. 6. u. l. 7. D. h. t. (VIII. 5.) l. 2. l. 5. §. 3 — 6. D. h. t. (VII. 6.) l. 5. C. de servitut. (III. 34.)

e) l. 1. l. 2. §. 1. l. 6. §. 3. u. 4. D. h. t. (VIII. 5.) Doch kann man das Zugangsrecht zu einer Grabſtätte vindiciren, obgleich die Letztere kein Gegenſtand des Privateigenthums iſt. l. 1. D. eod.

f) l. 16. D. de servitut. (VIII. 1.) l. 3. §. 3. u. l. 9. D. de oper. nov. nunciat. (XXXIX. 1.) Auch wegen der von einem Emphyteuta oder Superficiar beſtellten Servituten kommt dem Berechtigten nur eine utilis actio zu. Vgl. §. 197. Note c).

g) l. 1. pr. u. l. 5. §. 1. in f. D. h. t. (VII. 6.) S. jedoch l. 1. §. 4. D. de remiss. (XLIII. 25.)

h) l. 6. D. h. t. (VII. 6.)

i) Vgl. die in der Note d) und e) angef. Stellen. — Wenn jedoch der Beklagte es an der erforderlichen Defenſion im Proceſſe fehlen läßt, ſo wird der Kläger in der von ihm behaupteten Servitut gegen Beeinträchtigungen des Beklagten mittelſt einer vom Letztern zu leiſtenden Caution ſo lange, bis derſelbe ſein entgegenſtehendes Recht ausgeführt hat, geſchützt. l. 15. D. de oper. nov. nunciat. (XXXIX. 1.) u. l. 45. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) Ueber dieſe Stellen ſ. auch Rudorff in d. Zeitſch. f. geſchichtl. Rechtsw. B. 9. S. 33. fgg. — Im ältern Recht konnte bey der actio de usufructu, wenn der Beklagte die erforderliche Satisdation nicht leiſtete, der Kläger mittelſt des Interdicts *Quem usumfructum* die Reſtitution des ususfructus, d. h. die Einweiſung in die als Object des Nießbrauchs in Anſpruch genommene Sache, erlangen. Vatic. Fr. §. 92. u. 93. Ob dieß auch in andern Fällen der ermangelnden Defenſion von Seiten des Beklagten Statt gefunden habe, ſteht dahin. Uebrigens glaubt Rudorff a. a. O. S. 20. fgg., daß auch bey den Klagen wegen Prädialſervituten, wenn der Beklagte die erforderliche Defenſion verweigert habe, das reſtitutoriſche Interdict *Quem fundum* (§. 175. Note m)) zur Anwendung gekommen ſey.

k) §. 2. I. de action. (IV. 6.) l. 2. pr. in f. D. h. t. (VIII. 5.) „. . . . . *negatoria* domino, qui negat.“ l. 4. §. 2. l. 12. u. l. 14. pr. D. eod. l. 5. pr. u. §. 6. D. h. t. (VII. 6.)

l) l. 5. pr. D. eod. l. 2. pr. in f. u. l. 4. §. 7. D. h. t. (VIII. 5.)

m) arg. l. 16. D. de servitut. (VIII. 1.) l. 3. §. 3. D. de oper. nov. nunciat. (XXXIX. 1.)

n) l. 1. §. 20. u. l. 2. D. eod.

o) l. 4. §. 7. D. h. t. (VIII. 5.)

p) arg. l. 1. l. 2. pr. in f. u. l. 4. §. 7. D. eod. l. 5. pr. D. h. t. (VII. 6.) „. . . . . Quodsi forte qui agit, dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius jus utendi non habet, vincet tamen jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant.“ Vgl. übrigens Puchta im Rhein. Muſ. J. 1. H. 3. S. 165. fgg.

q) Dieß folgt nicht nur aus allgemeinen Regeln über den Beweis (§. 86. Note a) und §. 117. Note o)), ſondern insbeſondere auch daraus, daß

das Eigenthumsrecht an und für ſich, abgeſehen von den geſetzlichen Beſchränkungen deſſelben (§. 149.), frey und unbeſchränkt iſt, mithin durch den Beweis des Eigenthums zugleich auch jene natürliche Eigenſchaft deſſelben dargethan iſt, und ſo lange angenommen werden muß, bis ein ihr entgegenſtehendes Recht nachgewieſen wird; wobey auch der Beſitz um deßwillen von keinem entſcheidenden Einfluß ſeyn kann, weil er nicht gegen ein erwieſenes Recht, ſondern nur in Ermangelung des Beweiſes, Schutz gewährt. S. die letzte Stelle der vorigen Note. — Doch iſt dieß freylich eine ſehr beſtrittene Frage. Die hierher gehörige Literatur ſ. in Mackeldey's Lehrb. §. 293. Note ee). Beyzufügen ſind noch, und zwar als Schriftſteller, welche die hier befolgte Meinung vertheidigen: C. Albert Ueber den Beſitz unkörperl. Sachen ꝛc. §. 168 — 180. und Mittermaier im Arch. f. d. Civil. Prax. Bd. 19. Nr. 11.

r) l. 8. §. 3. D. h. t. (VIII. 5.) „Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, siquidem tigna immissa sint, eum, qui servitutem sibi deberi ait; si vero non sunt immissa, eum, qui negat.“ Damit ſind zu verbinden l. 15. in f. D. de oper. nov. nunciat. (XXXIX. 1.) „. . . . . ut jure suo probare necesse haberet; *id enim esse, petitoris partes sustinere.*“ l. 62. D. de judic. (V. 1.) l. 24. D. de rei vindic. (VI. 1.) l. 1. §. 3. D. uti possid. (XLIII. 17.) u. §. 4. I. de interdict. (IV. 15.) Diejenigen, welche in der l. 8. §. 3. D. cit. eine Ausnahme von der oben angegebenen Regel nicht anerkennen wollen, nehmen zu verſchiedenen andern, aber wohl allzu geſuchten Erklärungen derſelben ihre Zuflucht. S. z. B. von Löhr im Magaz. für Rechtsw. B. 3. S. 511. fgg. Albert a. a. O. §. 171. Mittermaier a. a. O. S. 299. fgg.

s) l. 4. §. 1. u. 7. D. h. t. (VIII. 5.)

t) §. 2. I. de action. (IV. 6.) l. 5. §. 6. D. h. t. (VII. 6.) l. 6. §. 1. u. l. 16. D. h. t. (VIII. 5.)

u) l. 11. §. 1. D. de Public. in rem act. (VI. 2.) „Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur; itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci; item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.“ l. 1. §. 2. D. de S. P. R. (VIII. 3.) „Traditio plane et patientia servitutum inducet officium Praetoris.“

v) Vgl. von Savigny's Recht des Beſitzes S. 536. Note 1) und S. 551. u. Seuffert's Erört. Abth. 2. S. 68.

x) l. 3. D. h. t. (VII. 6.) l. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. amitt. (VII. 4.) Vgl. auch d. Zuſatz z. §. 133.

Zuſatz. Die für den Fall einer alienatio judicii mutandi causa facta dem dadurch Benachtheiligten im prätoriſchen Edict verſprochene in integrum restitutio, und die darauf beruhende in factum actio auf

Leiſtung des Intereſſe (Zuſatz 3. zum §. 175.) kommt auch bey Prädialſervituten zur Anwendung. l. 4. §. 4. D. de alienat. judic. mut. caus. (IV. 7.)

§. 203.

B) Poſſeſſoriſche Rechtsmittel[a]).

D. de itinere actuque privato — de aqua quotidiana et aestiva — de rivis — de fonte — de cloacis (XLIII. 19 — 23.)

Zur Anſtellung der poſſeſſoriſchen Rechtsmittel bey Servituten wird im Allgemeinen nur die quasi possessio oder der Gebrauch der Servitut vorausgeſetzt, nicht auch ein rechtmäßiger Erwerbsgrund und bona fides[b]); blos bey'm interd. *de aqua* wird die Letztere ausdrücklich erfordert[c]). — Für die perſönlichen Servituten giebt es nun keine eigenthümlichen Interdicte, ſondern es kommen hier die gewöhnlichen retinendae und recuperandae possessionis interdicta (§. 143. und 144.) analogiſch zur Anwendung[d]). Aber auch unter den Prädialſervituten findet theils bey den negativen, theils bey ſolchen affirmativen, welche mit dem Beſitz eines Grundſtücks in unmittelbarer Verbindung ſtehen, in der Regel nur das gewöhnliche interd. *Uti possidetis* Statt[e]), außer daß für das *jus cloacae mittendae* (§. 190. Nr. 8.) ein eigenes Interdict, nämlich das auf Geſtattung der Reinigung und Ausbeſſerung des Abzugscanals gerichtete interd. *de reficienda cloaca*, aus Rückſicht auf die allgemeine Wohlfahrt, eingeführt iſt[f]). Dagegen ſind für die älteſten und wichtigſten Fälle ſolcher affirmativen Prädialſervituten, deren Ausübung in eigenen, vom Beſitz der Hauptſache unabhängigen Handlungen des Berechtigten beſteht, eigenthümliche Interdicte gegeben[g]), und zwar folgende: 1) Das interd. *de itinere actuque*[h]) auf Schutz in der Ausübung einer Wegegerechtigkeit[i]), wozu erforderlich iſt, daß der Kläger wenigſtens an 30. Tagen im letztverfloſſenen Jahre (wobey ihm jedoch auch der Beſitz des Vorgängers mit angerechnet wird[k])), die in Frage ſtehende Servitut weder vi, noch clam, noch precario (§. 136. Nr. 1.) ausgeübt habe[l]).

2) Das auf den Schutz bey der Ausbeſſerung des Weges, welcher Gegenſtand einer Servitut iſt, abzweckende Interdict [m]) (bey den Neuern gewöhnlich interd. *de itinere actuque reficiendo* genannt), wobey der Kläger nicht blos, wie bey'm vorigen Interdict, den Beſitz der Servitut, ſondern auch das Recht derſelben beweiſen [n]), und überdieß wegen des Schadens, der aus ſeiner Arbeit entſtehen kann, Caution ſtellen muß [o]). 3) Das interd. *de aqua quotidiana* [p]) und das *de aqua aestiva* [q]). Beyde Interdicte beziehen ſich nur auf ſolches Waſſer, welches, entweder als quotidiana oder als aestiva aqua (§. 189. Note aa)), unmittelbar aus der Quelle (a capite) abgeleitet wird [r]), und haben den Schutz in der Ausübung der dießfallſigen Waſſerleitungsgerechtigkeit zum Zweck [s]). Das Erſtere ſetzt voraus, daß der Kläger im gegenwärtigen Jahre irgend einmal die Waſſerleitungsgerechtigkeit weder vi noch clam, noch precario ausgeübt habe [t]), das Letztere aber, daß eine ſolche Ausübung im Sommer des vorhergegangenen Jahres geſchehen ſey [u]). 4) Das interd. *de rivis reficiendis* auf Schutz in der Ausbeſſerung und Reinigung der zur Waſſerleitung dienenden Anſtalten [v]). Auf das Recht der Servitut ſelbſt kommt es hierbey nicht an, ſondern lediglich auf den Beſitz [x]); doch muß wegen des bey Gelegenheit der Reparatur möglichen Schadens Caution beſtellt werden [y]). 5) Das interd. *de fonte* auf Schutz in der Ausübung des Rechts, aus dem Quell, Brunnen oder Teiche des Andern Waſſer zu ſchöpfen, oder auch das Vieh zur Tränke dahin zu treiben [z]). Es bezieht ſich nur auf lebendiges Waſſer [aa]), und ſetzt voraus, daß der Kläger im gegenwärtigen Jahre den Waſſervorrath des Andern weder vi, noch clam, noch precario benutzt habe [bb]). 5) Das interd. *de fonte reficiendo purgando* auf Schutz bey der Wiederherſtellung oder Reinigung des zum Schöpfen oder zur Viehtränke dienenden Waſſervorrathes [cc]). — Uebrigens finden alle dieſe Interdicte nicht blos gegen den Eigenthümer der dienenden Sache, ſondern gegen Jeden, welcher den Kläger beeinträchtigt, Statt [dd]), und zwecken nächſt dem Schutze in der Ausübung des in Frage ſtehenden Rechts zugleich auch auf Schadenserſatz wegen der erlittenen Störung oder Gebrauchs-Verwehrung ab [ee]).

a) Vgl. von Savigny's Recht des Besitzes §. 45. u. 46.

b) l. 20. D. de servitut. (VIII. 1.) „ . . . . . Ego puto, *usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse; ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.*“ l. 25. D. quemadm. servit. amitt. (VIII. 6.) l. 1. §. 2. u. 6. u. l. 7. D. h. t. (XLIII. 19.)

c) l. 1. §. 10. u. 19. D. h. t. (XLIII. 20.)

d) l. 4. D. uti possid. (XLIII. 17.) l. 3. §. 13. 14. u. 16. u. l. 9. §. 1. D. de vi (XLIII. 16.) l. 2. pr. u. §. 3. D. de precar. (XLIII. 26.) l. 27. in f. D. de donat. (XXXIX. 5.) — Daß aber Jedes dieser Interdicte bey persönlichen Servituten nur als ein *utile* interd. zur Anwendung kam, ergiebt sich aus §. 90. der Vatic. Fr. Ueber diese Stelle s. von Savigny a. a. O. S. 531. Note 1).

e) arg. l. 8. §. 5. in f. D. si serv. vind. (VIII. 5.) Vgl. von Savigny a. a. O. S. 555. Note 1). — Ueber die Gründe, warum die recuperandae possessionis interdicta in Bezug auf Prädialservituten nicht Statt finden, s. Dens. S. 537. fgg. — A. M. ist mit vielen Andern auch Thibaut im Arch. f. d. Civil. Prax. B. 1. S. 111. fgg.

f) Die hierher gehörige Stelle des prätorischen Edicts findet sich in der l. 1. pr. D. h. t. (XLIII. 23.) Ueber den Grund dieses Interdicts, und die daraus hervorgehende Eigenthümlichkeit, daß es nicht einmal durch die Einrede des fehlerhaften Besitzstandes ausgeschlossen wird, s. l. 1. §. 2. u. 7. D. eod. Doch muß der Kläger wegen des aus der Reparatur möglicherweise erwachsenden Schadens dem Gegner Caution bestellen. l. 1. pr. in f. u. §. 14. D. eod. Auf öffentliche Cloaken aber bezieht sich dieses Interdict nicht, l. 1. §. 3. D. eod.; von diesen handelte eine andere Stelle des prätorischen Edicts. l. 1. §. 15. D. eod. Daß übrigens wegen der Cloaken das interd. Uti possidetis nicht Statt finden sollte, war bey Gelegenheit dieses Interdicts im prätorischen Edict ausdrücklich bemerkt. l. 1. pr. D. uti possidet. (XLIII. 17.)

g) Ob bey den übrigen Prädialservituten der beschriebenen Art, für welche es keine besondern Interdicte giebt, das allgemeine interd. Uti possidetis anwendbar sey, oder nicht? ist bestritten. Unter unsern Juristen vertheidigt die verneinende Meinung hauptsächlich von Savigny a. a. O. S. 537—539., die bejahende aber Thibaut a. a. O. (S. Note e)).

h) Vgl. C. Albert Ueber den Besitz unkörperl. Sachen ꝛc. No. I. (Leipz. 1826.)

i) Ueber die hierher gehörige Stelle des prätor. Edicts s. l. 1. pr. D. h. t. (XLIII. 19.)

k) l. 3. §. 6—10. u. l. 6. D. eod.

l) l. 1. §. 2—4. u. 12. u. l. 3. §. 2. D. eod. — Uebr. s. auch l. 1. §. 9. D. eod.

m) Die hierher gehörige Stelle des prätor. Edicts findet sich in d. l. 3. §. 11. D. eod.

n) l. 3. §. 13. u. 14. D. eod. — Ueber das Verhältniß dieses Interdicts zur confessoria actio ſ. von Savigny a. a. O. S. 547.

o) l. 3. §. 11. u. l. 5. §. 4. D. eod.

p) Ueber die hierher gehörige Stelle des prätor. Edicts ſ. l. 1. pr. D. h. t. (XLIII. 20.)

q) Die auf dieſes Interdict bezügliche Stelle des prätor. Edicts ſteht in d. l. 1. §. 29. D. eod.

r) l. 1. §. 7. 8. u. 39. D. eod. — Aber auch für die Waſſerleitungsgerechtigkeit aus einem öffentlichen Waſſerbehälter (castellum) giebt es ein eigenes Interdict, worauf ſich eine beſondere Stelle des prätor. Edicts bezog. l. 1. §. 38. u. 39. D. eod.

s) l. 1. pr. §. 1. 25. u. 29. D. eod. Wenn Mehrere auf dieſelbe Waſſerleitung Anſpruch machen (rivales), ſo kommt einem Jeden von ihnen das hierher gehörige Interdict als *duplex* interd. zu. l. 1. §. 26. D. eod. (S. §. 123. Note m)).

t) l. 1. pr. §. 4. u. 20—22. D. eod.

u) l. 1. §. 29—34. D. eod. Doch kommt ein *utile* interd. ſowohl demjenigen zu, welcher im gegenwärtigen Sommer, als auch dem, welcher blos im Winter die Waſſerleitung ausgeübt hat. l. 1. §. 35. u. 36. D. eod.

v) l. 1. pr. D. h. t. (XLIII. 21.), wo die hieher gehörige Stelle des prätor. Edicts aufbewahrt iſt. Ueber die in ihr gebrauchten Ausdrücke: *rivus*, *specus* u. *septa* ſ. l. 1. §. 2—4. D. eod.

x) l. 1. §. 9. u. l. 4. D. eod.

y) l. 3. §. 9. D. eod.

z) l. un. pr. D. h. t. (XLIII. 22.), wo die hierher gehörige Stelle des prätor. Edicts vorkommt. l. cit. §. 1. u. 2.

aa) l. cit. §. 4.

bb) l. cit. pr.

cc) Ueber die hierher gehörige Stelle des prätor. Edicts ſ. l. un. §. 6. D. eod. Vgl. auch §. 10. u. 11. der l. cit.

dd) l. 4. D. uti possidet. (XLIII. 17.) l. 3. §. 5. D. h. t. (XLIII. 19.) l. 1. §. 25. D. h. t. (XLIII. 20.) l. 3. §. 7. D. h. t. (XLIII. 21.) l. un. §. 3. D. h. t. (XLIII. 22.)

ee) l. 3. §. 17. u. l. 9. §. 1. D. de vi. (XLIII. 16.) l. 1. pr. l. 3. §. 3. u. 11. D. h. t. (XLIII. 19.) l. 1. pr. §. 1. 23. u. 27. D. h. t. (XLIII. 20.) l. 1. pr. u. l. 3. §. 10. D. h. t. (XLIII. 21.) l. un. pr. — §. 2. u. §. 6. D. h. t. (XLIII. 22.)

Sechster Abschnitt.

Vom Pfandrechte.

Ueber die hierher gehörige Literatur s. Mackeldey's Lehrb. vor §. 303. und Mühlenbruch's Lehrb. des Pand. Rechts vor §. 303. — Hinzuzufügen ist noch: K. F. F. Sintenis Handbuch des gemeinen Pfandrechts, Halle 1836.

Erstes Capitel.

Von der Natur des Pfandrechts überhaupt.

Paul. II. 5. de pignoribus.

Der gleichlautende Titel des **Th. C. (II. 30.)**

Tit. D. de pignoribus et hypothecis, et qualiter ea contrahantur, et de pactis eorum. (XX. 1.)

Tit. J. C. de pignoribus et hypothecis. (VIII. 14.)

§. 204.

Begriff, Arten und allgemeine Charakteristik des Pfandrechts.

Das Pfandrecht (*pignus* [a]), *hypotheca* [b])) ist das einem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung an einer fremden Sache [c]) zuständige Recht. Ist nun dem Gläubiger zugleich der Besitz der verpfändeten Sache eingeräumt worden, so heißt es *pignus* im engern Sinne [d]) (Faustpfand); bezieht sich dagegen das Pfandrecht auf eine in den Besitz des Gläubigers nicht übertragene Sache, so heißt es *hypotheca* [e]). Doch stimmen beyde Arten in dem wesentlichen Rechtsverhältnisse, welches dadurch begründet wird, mit einander überein [f]), so daß sogar beyde Ausdrücke: pignus und hypotheca, bis-

weilen gleichbedeutend gebraucht werden [g]). Es ist aber das Pfandrecht in so fern nur ein accessorisches Recht, als es seinem Begriffe und Zwecke nach durch das Daseyn einer Forderung, zu deren Sicherung es dienen soll, bedingt ist [h]), und sowohl aus dieser Rücksicht, als auch um deßwillen, weil das Pfand dem Gläubiger für seine Forderung haftet, werden in unsern Quellen Ausdrücke, die zunächst der Lehre von den Forderungsrechten angehören, häufig auch auf das Pfandverhältniß bezogen, wie namentlich *obligare* [i]), *obligatio*, insbesondere in der Zusammensetzung: *pignoris obligatio* (a. u.) [k]), und ähnliche [l]); woraus jedoch keineswegs folgt, daß das Pfandrecht selbst seinem Wesen nach ein wirkliches Forderungsrecht sey [m]); vielmehr ist es in der Regel ein dingliches Recht [n]), das sich jedoch in den meisten Beziehungen nach der Natur des ihm zum Grunde liegenden Forderungsrechts richtet [o]). Uebrigens gehört das Pfandrecht zu den juristisch untheilbaren Rechten [p]).

a) Doch bezeichnet dieses Wort, außer dem Pfandrechte selbst (z. B. l. 26. pr. D. de pignorat. act. [XIII. 7.]), auch theils die verpfändete Sache, z. B. l. 11. §. 6. in f. l. 13. pr. u. l. 15. D. eod., §. 7. I. de action. (IV. 6.), theils den Contract, wodurch das Pfandrecht begründet wird, l. 1. §. 4. D. de pact. (II. 14.) l. 5. §. 2. D. commodat. (XIII. 6.) Außerdem wird es bisweilen, jedoch nur uneigentlich (quasi pignus), auf Sachen, an denen das Retentionsrecht (§. 95. Nr. 3.) ausgeübt wird, bezogen, z. B. l. 13. §. 8. D. de act. emt. (XIX. 1.) l. 31. §. 8. D. de aedil. edict. (XXI. 1.) l. 15. §. 2. D. de furt. XLVII. 2.) Ueber den Unterschied des Retentionsrechts vom Pfandrechte s. Sintenis i. a. W. §. 5. Nr. 1., und über andere, hierher nicht gehörige Bedeutungen von *pignus* s. Brisson. unter diesem Worte Nr. 8. u. 9.

b) Auch dieses Wort wird nicht blos für das Pfandrecht selbst gebraucht, z. B. l. 4. D. h. t., sondern auch für die verpfändete Sache, z. B. §. 7. I. de action. (IV. 6.) l. 7. D. de distract. pign. (XX. 5.)

c) l. 45. pr. D. de regul. jur. (L. 17.) „*Neque pignus*, neque depositum ..... *rei suae consistere potest.*“ l. 29. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 33. §. 5. D. de usurpat. (XLI. 3.) l. 30. in f. D. de except. rei jud. (XLIV. 2.). — In wiefern ausnahmsweise an einer eigenen Sache ein Pfandrecht möglich sey? kann erst weiter unten zur Sprache kommen. Uebrigens ist hierbei der Begriff von Sache nicht blos auf körperliche Gegenstände zu beschränken. Vgl. §. 206.

d) §. 7. I. de action. (IV. 6.) l. 9. §. 2. u. l. 35. §. 1. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 238. §. 2. D. de verb. signif. (L. 16.) „*Pignus* appellatum a *pugno*, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur; unde etiam videri potest, verum esse, (quod) quidam putant, *pignus proprie rei mobilis constitui.*“ Daß jedoch das pignus im engern Sinne auch an unbeweglichen Sachen Statt finden könne, leidet nach der im Justinianischen Recht angenommenen Meinung keinen Zweifel, z. B. l. 11. §. 1. u. l. 31. D. h. t.

e) l. 9. §. 2. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) „Proprie *pignus* dicimus, quod ad creditorem transit, *hypothecam*, cum non transit nec possessio ad creditorem.“ §. 7. I. de action. (IV. 6.) „..... *pignoris* appellatione eam proprie contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit; at eam, quae sine traditione nuda conventione tenetur, proprie *hypothecae* appellatione contineri dicimus.“ Isid. Or. V. 25. — Daß übrigens eine Hypothek auch an beweglichen Sachen Statt finden könne, und zwar nicht blos, wenn sie sich über das ganze Vermögen des Verpfänders erstreckt, l. 6. u. l. 34. §. 2. D. h. t., sondern auch in Bezug auf einzelne Sachen, oder sog. universitates facti (§. 62.), ergiebt sich z. B. aus der l. 34. pr. D. h. t. u. l. 66. pr. D. de furt. (XLVII. 2.)

f) §. 7. I. de action. (IV. 6.) „.....: Inter *pignus* autem et *hypothecam*, quantum ad actionem hypothecariam, nihil interest; nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur; sed in aliis differentia est .....“ Aus diesen letztern Worten geht zugleich hervor, daß der Ausspruch Marcian's in der l. 5. §. 1. D. h. t. „Inter pignus autem et hypothecam *tantum nominis sonus differt*,“ nicht buchstäblich wahr sey.

g) z. B. l. 13. §. 1. l. 16. §. 6. D. h. t. — l. 17. §. 2. D. de pact. (II. 14.) l. 1. pr. u. §. 1. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) — l. 1. pr. u. l. 2. D. quae res pign. vel hypoth. dat. (XX. 3.)

h) l. 5. pr. u. §. 2. D. h. t. l. 1. u. 2. C. si pign. convent. numer. pecun. (VIII. 33.) Doch ist das Pfandrecht in Ansehung seiner Fortdauer nicht immer von streng accessorischer Natur; wie sich weiter unten ergeben wird.

i) z. B. *rem* oder *pignus obligare* oder *obstringere*, §. 5. I. de legat. (II. 20.) l. 7. §. 3. D. de minor. (IV. 4.) l. 11. §. 3. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 2. C. de crim. stellion. (IX. 34.), oder *in obligationem deducere* oder *dare*, l. 30. §. 1. D. de except. rei judic. (XLIV. 2.) l. 2. C. mandat. (IV. 35.), oder *rem pignori obligare*, l. 1. §. 4. D. de reb. eor., qui sub tutel. (XXVII. 9.) l. 35. §. 1. D. de donat. (XXXIX. 5.) *pignori* oder *hypothecae jure* (a. u.) *obligare*, l. 12. D. de alim. leg. (XXXIV. 1.) l. 1. §. 3. D. de separat. XLII. 6.) l. 22. §. 1. D. de jure fisc. (XLIX. 14.) u.

bgl. Daher heißt auch die verpfändete Sache oft *res obligata*, z. B. §. 5. I. de legat. l. 6. §. 9. l. 11. §. 16. l. 52. pr. u. §. 1. D. de act. emt. (XIX. 1.), oder *pignoris nomine* oder *jure obligata*, z. B. l. 26. §. 6. u. l. 27. §. 1. D. de noxal. act. (IX. 4.), oder *res obnoxia*, z. B. l. 31. C. de episcop. audient. (I. 4.) l. 6. C. quae res pign. obligar. poss. (VIII. 17.) u. bgl. Ueber dieſe und ähnliche Ausdrücke findet man eine Menge Belegſtellen geſammelt in Büchel's Civilrechtl. Erört. Nr. II. (Ueber die Natur des Pfandrechts,) S. 28. fgg.

k) Dieſe Ausdrücke bezeichnen nämlich bald die Verpfändung, z. B. pr. I. quib. alienar. lic. (II. 8.) l. 5. §. 11. D. de reb. eor., qui sub tutel. (XXVII. 9.) l. 3. C. ut in possess. legat. (VI. 54.), bald das Pfandrecht, l. 11. §. 6. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 12. §. 12. D. de captiv. (XLIX. 15.), bald den Zuſtand des Verpfändetſeyns, l. 12. §. 12. D. cit. l. 6. pr. D. quib. mod. pign. solv. (XX. 6.), bald das Pfandverhältniß überhaupt, l. 5. §. 2. D. eod. l. 4. D. quae res pign. vel hypoth. dat. (XX. 3.) l. 24. pr. D. de pignorat. act. (XIII. 7.), bisweilen auch die Pfandverſchreibung oder den Pfandbrief, z. B. in der l. 28. D. de lege Cornel. de fals. (XLVIII. 10.), und in der Ueberſchrift der uns erhaltenen alten Urkunde, die man gewöhnlich tabula alimentaria oder Trajani nennt (vgl. die Einleit. §. 27. g. d. E.). — Ueber dieſe verſchiedenen Bedeutungen jener Ausdrücke, und viele darauf bezügliche Beweisſtellen ſ. Riebel in Hugo's Civil. Magaz. B. 5. S. 106. fgg. u. 114. fgg.

l) Z. B. *pignoris vinculum* (a. u.), l. 39. §. 5. D. de administrat. tutor. (XXVI. 7.) l. 43. §. 3. D. de legat. I. (XXX.), desgleichen *nexus pignoris* oder *nexus* ſchlechthin, ſ. Zuſ. 2. zum §. 153. a. E. Doch ſcheint dieſer letztere Ausdruck, nebſt den damit verwandten Bezeichnungen der verpfändeten Sache durch *res nexa* oder *pignori nexa* (vgl. d. angef. Zuſ.), auch eine hiſtoriſche Beziehung zu haben, indem er wohl mit der (im §. 209. näher zu beſchreibenden) ehemaligen Art der vertragsmäßigen Verpfändung in Verbindung ſteht; wie dieß ganz gewiß der Fall iſt bey folgenden, im ältern Recht für die verpfändete Sache vorkommenden Ausdrücken: *res fiduciaria* oder *fiduciae data* oder auch *fiducia* ſchlechthin. Paul. II. 13. §. 1—7. Isid. Or. V. 25. — Uebrigens kommen auch für die Beendigung des Pfandverhältniſſes die nämlichen Ausdrücke vor, wie für die Beendigung von Forderungsrechten, namentlich *distrahere*, ſ. Brisson. unter dieſ. Wort Nr. 1. u. 2., *liberare*, *luere*, *solvere* oder *dissolvere*, wofür eine Menge Belegſtellen Büchel a. a. O. S. 33. u. 34. geſammelt hat.

m) Dieß behauptet nämlich, nach dem Vorgang von Riebel a. a. O. S. 117., Büchel a. a. O. S. 3., jedoch mit der Modification, daß hier nicht, wie bey den übrigen Forderungsrechten, eine Perſon, ſondern eine Sache als das verpflichtete Subject erſcheine. Ihm tritt auch Sintenis i. a. W. §. 2. bey, nur daß er das Pfand nicht als ver-

pflichtetes Subject anerkennen will. — Gegen den von den beyden Letztern zur Bezeichnung des Pfandrechts gebrauchten Ausdruck: dingliches Forderungsrecht, ist zu erinnern, daß er entweder auf eine jedwede in rem actio anwendbar ist, oder, nach einer andern Deutung, leicht zu dem Mißverständnisse führen kann, als ob die dem Pfandrecht zum Grunde liegende Forderung selbst gegen jedweden Besitzer des Pfandes geltend gemacht werden könnte.

n) Als solches wird nämlich das Pfandrecht charakterisirt theils durch die Zusammenstellung des creditor mit dem fructuarius und superficiarius, und die gemeinschaftliche Bezeichnung derselben als solcher, welche „aliquod (od. aliquid) *in ea re jus* habeant" in der l. 19. pr. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) u. l. 30. D. de noxal. act. (IX. 4.), theils durch die mit diesem Rechte verbundene *in rem actio*, §. 7. I. de action. IV. 6.) l. 16. §. 3. u. l. 17. D. h. t. l. 18. C. h. t., in Bezug auf welche es in der l. 2. C. si unus ex plur. hered. (VIII. 32.) ausdrücklich heißt: „„ . . . . . cum . . . . . *non personam obliget, sed rem sequatur.*" — Doch will auch Zimmern im Archiv f. d. Civil. Prax. B. 7. S. 315. fgg. das Pfandrecht nicht als ein eigenes dingliches Recht anerkennen. S. dagegen Michelsen ebendas. B. 8. S. 364. fgg., Hasse im Rhein. Mus. J. 1. H. 1. S. 94. und Mühlenbruch's Lehre von der Cession S. 13. fgg. Note 20). — Daß übrigens das Pfandrecht ausnahmsweise in dem Falle, wenn blos ein nomen, d. h. eine Schuldforderung, verpfändet worden ist, nicht zu den dinglichen Rechten gehöre, indem dann nicht eine in rem, sondern nur eine in personam actio daraus entspringt, ist schon oben §. 132. Note g) z. E. angedeutet worden. S. auch §. 216. Note p—r).

o) Aus diesem Gesichtspuncte lassen sich die Eigenthümlichkeiten des Pfandrechts großentheils erklären, welche von Büchel a. a. O. §. 4—9. erörtert, und von Sintenis i. a. W. §. 2. zusammengestellt werden, obgleich Manche derselben nicht einmal ausschließlich dem Pfandrechte angehören, z. B. die Entstehung desselben durch bloßen Vertrag, indem dieß ja auch bey den Servituten vorkommt, §. 198. Note d); — ferner daß es keinen Besitz des Pfandrechts, wohl aber einen Besitz der verpfändeten Sache giebt; was ja auf gleiche Weise bey der emphyteusis, und nach der richtigern Meinung auch bei der superficies Statt findet. §. 137. Note e), §. 178. Note a) u. §. 182. Note b).

p) Vgl. §. 63. Note q) u. r), und Sint. i. a. W. §. 4.

§. 205.

Von den Forderungen und Verbindlichkeiten, für welche das Pfand haftet.

Die Forderung, deren Daseyn die nothwendige Bedingung und Grundlage für das Pfandrecht ist (§. 204. Note h)), braucht nicht gerade auf Geld, sondern kann auch auf etwas Anderes gerichtet seyn [a]). Auch ist es nicht schlechterdings erforderlich, daß sie eine *civilis* obligatio sey, sondern auch bey einer bloßen *naturalis* obligatio kann das Pfandrecht mit voller Wirksamkeit Statt finden [b]), d. h. so, daß es auch mit einer Klage verbunden ist [c]), während dagegen, wenn die obligatio entweder durch das Civilrecht ganz und gar für unstatthaft erklärt ist, oder durch eine zum Besten des Schuldners eingeführte perpetua exceptio entkräftet werden kann, die darauf bezügliche Pfandbestellung ungültig ist [d]), außer wenn im letztern Falle der Verpfänder wußte, daß ihm eine perpetua exceptio gegen die Forderung des Gläubigers zustehe; denn hier liegt in der Pfandbestellung ein Verzicht auf seine exceptio in Bezug auf das Pfandrecht, so daß das Letztere besteht, dafern er nur zu jener Verzichtleistung befähigt war [e]). Ferner kann die Pfandbestellung nicht blos für eine gegenwärtige, sondern auch für eine künftige, oder noch von einer Bedinngung abhängige Forderung geschehen [f]); und dann ist der Anfang des Pfandrechts selbst in solchen Fällen, wo es dem einen oder andern Interessenten noch frey stand, von dem blos eingeleiteten oder vorbereiteten Rechtsverhältnisse zurück zu treten, erst von dem Zeitpuncte an, wo die Forderung ihr Daseyn erhält, zu rechnen [g]), sonst aber in der Regel schon vom Augenblicke der Verpfändung an [h]), doch so, daß die volle Wirksamkeit des Pfandrechts, d. h. die Anstellung der daraus entspringenden Klage, erst vom Eintritt des Zahlungstermines abhängt [i]). Endlich kann man nicht blos für seine eigene, sondern auch für eine fremde Verbindlichkeit ein Pfand bestellen [k]). — Uebrigens haftet das Pfand nicht blos für die

Hauptforderung, und zwar in ihrem ganzen Umfange, sofern es nicht ausdrücklich nur für einen Theil derselben bestellt worden ist [l]), sondern auch für alle Nebenforderungen [m]), es müßte denn die Pfandbestellung ausdrücklich nur auf die Hauptforderung, oder nur auf die eine oder andere Nebenforderung beschränkt worden seyn [n]). Umgekehrt kann aber auch ein Pfand, nach Maaßgabe seiner Bestellung, für mehrere Forderungen zugleich haften [o]).

a) l. 9. §. 1. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 13. §. 2. D. h. t. A. M. ist Gesterding in der Lehre vom Pfandrechte, S. 9. fgg. (der 2ten Ausg.) S. dagegen Sintenis i. a. W. §. 8. Note 3).

b) l. 5. pr. D. h. t. „Res hypothecae dari posse sciendum est pro *quacunque obligatione* . . . . . vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel *tantum naturali* . . . . .“ l. 14. §. 1. D. eod. l. 13. pr. D. de condict. indeb. (XII. 6.) l. 101. §. 1. D. de solut. (XLVI. 3.) Doch treten im Fall der aus einem Gelddarlehn an einen filiusfamilias herrührenden naturalis obligatio desselben, hinsichtlich des dafür bestellten Pfandrechts, nach Verschiedenheit der hierbey vorkommenden Fälle verschiedene Bestimmungen ein, worüber s. Büchel's Civilr. Erört. B. 2. Nr. 1. (Ueber die Verpfändung für nicht vollgiltige Obligationen, Marb. 1836.) S. 139—143.

c) l. 2. C. de fiscal. usur. (X. 8.) und insbesondere arg. Theophil. III. 20. §. 1. l. 21. §. 2. u. l. 60. D. de fidejuss. (XLVI. 1.) u. l. 95. §. 3. D. de solut. (XLVI. 3.) Vgl. Büchel a. a. O. S. 151. fgg., und über verschiedene Meinungen Anderer Dens. a. a. O. S. 144. Note 2).

d) l. 11. §. 3. in f. D. de pignor. act. (XIII. 7.) l. 25. u. 33. D. h. t. l. 129. §. 1. D. de regul. jur. (L. 17.) — l. 2. D. quae res pign. vel hypoth. dat. (XX. 3.) l. 32. D. fidejuss. (XLVI. 1.)

e) arg. l. 12. D. de novat. (XLVI. 2.) u. l. 22. C. ad SC. Vellej. (IV. 29.) — Vgl. hierüber, und über verschiedene Ansichten Anderer Büchel a. a. O. S. 121—130.

f) l. 5. pr. D. h. t. „. . . . . sive pura est obligatio, vel *in diem*, vel *sub conditione* . . . . . sed et *futurae* obligationis nomine dari possunt . . . . .“

g) l. 4. D. quae res pign. vel hypoth. dat. (XX. 3.) l. 1. §. 1. u. l. 11. pr. D. qui potior. in pign. (XX. 4.)

h) l. 1. pr. l. 9. pr. — §. 2. l. 11. §. 1. D. eod.

i) l. 5. pr. in f. u. l. 13. §. 5. D. h. t. — Doch kann auch ſchon vor dem Eintritt des Zahlungstermines auf Wiedererlangung eines Fauſtpfandes geklagt werden, und hiervon iſt l. 14. pr. D. h. t. zu verſtehen. Vgl. Sintenis i. a. W. S. 54. und überhaupt über den Anfangspunct eines für zukünftige und bedingte Forderungen beſtellten Pfandrechts Denſ. i. a. W. §. 11. und 42., und die von Mühlenbruch im Lehrb. des Pand. Rechts §. 304. Note 6) angef. Schriftſteller.

k) l. 5. §. 2. D. h. t. „Dare autem quis hypothecam potest sive pro sua obligatione, sive pro *aliena*.“

l) l. 6. C. de distract. pign. (VIII. 28.) l. 2. C. debitor. vendit. pign. (VIII. 29.) — l. 5. pr. D. h. t. l. 5. §. 1. D. in quib. caus. pign. tac. (XX. 2.)

m) Dahin gehören Zinſen, vorausgeſetzt, daß ſie, ſofern ſie auf einem Vertrage beruhen, vor oder bey der Pfandbeſtellung verſprochen worden ſind, desgleichen die Conventionalſtrafe unter derſelben Vorausſetzung, ferner Koſten, inſoweit der Pfandſchuldner zu deren Erſatz verpflichtet iſt. l. 8. pr. u. §. 5. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 13. §. 6. D. h. t. l. 18. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) l. 4. u. 22. C. de usur. (IV. 32.) l. 6. C. h. t. Vgl. Sint. i. a. W. §. 48.

n) l. 11. §. 3. D. de pignorat. act. (XIII. 7.)

o) l. 20. §. 1. D. eod. l. 10. u. l. 16. §. 8. D. h. t. Vgl. Sintenis i. a. W. §. 49.

§. 206.

Gegenſtände des Pfandrechts.

Außer den zu Anfange dieſes Capitels angeführten Quellentiteln gehören hierher auch: Tit. D. quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt. (XX. 3.) u. Tit. C. quae res pignori obligari possunt vel non, (et qualiter pignus contrahatur.) (VIII. 17.)

Das Pfandrecht kann in der Regel an allen Sachen Statt finden, welche zum Vermögen gerechnet werden, und daher dem Gläubiger Sicherheit wegen ſeiner Forderung gewähren können [a]), geſetzt auch, daß er, aus Rückſicht auf ſeine perſönlichen Verhältniſſe, ſie zu erwerben unfähig ſeyn ſollte [b]), dafern ſie nur nicht überhaupt dem bürgerlichen Verkehr entzogen ſind [c]). Unter dieſer Vorausſetzung können nicht blos körperliche, ſon-

dern auch unkörperliche, nicht blos bereits existirende, sondern auch erst künftig zur Existenz kommende Sachen verpfändet werden [d]), und auch an den Letztern beginnt, wenn nur wenigstens der Grund zu ihrem Daseyn gelegt ist, das Pfandrecht sofort mit seiner Bestellung [e]). Unter den unkörperlichen Sachen kommen folgende als Gegenstände des Pfandrechts vor [f]): Schuldforderungen (nomina) [g]), Servituten, und zwar sowohl persönliche [h]), als auch Prädialservituten, doch so, daß nur serv. praed. *rusticorum* einem Gläubiger, der ein benachbartes Grundstück besitzt, nicht aber auch serv. praed. *urbanorum* pfandweise eingeräumt werden können [i]), und die Verpfändung bereits errichteter Prädialservituten nicht ohne das herrschende Grundstück, von dem sie unzertrennlich sind (§. 186. Note i)), sondern nur zugleich mit demselben möglich, aber in diesem Falle auch nothwendig ist [k]); ferner *militiae*, d. h. öffentliche, mit Gehalt und Einkünften verbundene Dienststellen, welche veräußerlich und vererblich sind [l]). — Nun giebt es aber auch manche, dem Verkehr im Allgemeinen nicht entzogene Sachen, an denen Ausnahmsweise die Pfandbestellung unzulässig ist [m]). Dahin gehören theils diejenigen Sachen, deren Veräußerung verboten ist [n]), sey es durch ein Gesetz, wie z. B. bey den in Streit befangenen Sachen [o]), ingleichen bey den zur dos oder propter nuptias donatio gehörigen Grundstücken [p]), sofern nicht jene dem Ehemanne käuflich überlassen worden sind [q]), und bey dem von der Verwaltung des Vaters abhängigen Vermögen der Hauskinder [r]), oder durch obrigkeitliche Anordnung, oder durch letztwillige Verfügung, oder durch Vertrag (§. 96. Note s) und t)), theils der zu erwartende Siegeslohn der Athleten [s]). Endlich dürfen auch die zum Ackerbau nothwendigen Sclaven, Thiere und Geräthschaften bey der Hülfsvollstreckung nicht abgepfändet werden [t]).

a) l. 9. §. 1. D. h. t. (XX. 1.) l. 6. in f. C. h. t. (VIII. 17.)

b) l. 24. D. h. t. (XX. 1.) „In quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur.“ Ueber die Erklärung dieser Stelle s. Büchel's Civilr. Erört. Nr. III. (Ueber jura in re ꝛc.) S. 71. fgg. Note 2). — In einem beschränktern Sinne nimmt sie, nach dem Vorgang von Donellus, Sint. i. a. W. S. 66.

c) l. 1. §. 2. D. h. t. (XX. 3.) l. 29. D. de reb. auct. jud. possid. (XLII. 5.) l. 21. C. de sacros. eccles. (I. 2.) §. 8. I. de rer. divis. (II. 1.) l. 2. in f. C. de relig. (III. 44.) l. 3. C. h. t. (VIII. 17.) — Daß es insbesondere auch unzulässig sey, Kinder oder überhaupt freye Menschen zu verpfänden, wird wiederholt im Röm. Rechte eingeschärft. Paul. V. 1. §. 1. l. 5. D. h. t. (XX. 3.) l. 1. C. de patrib., qui fil. suos distr. (IV. 43.) l. 6. C. h. t. (VIII. 17.) Nov. 134. c. 7. Etwas Besonderes aber findet bey einem solchen Statt, welcher aus feindlicher Gefangenschaft losgekauft ist (ab hostibus redemtus, §. 27. z. E.). Denn dieser kommt in eine Art von Pfandverhältniß zum Loskäufer, bis er demselben das Lösegeld wieder erstattet, oder durch fünfjährige Arbeit abverdient hat; worauf er dann eben so, wie in dem Falle, wenn ihm das Lösegeld oder das Pfandverhältniß erlassen wird, die vorigen Rechte der freyen Geburt wieder gewinnt. l. 20. §. 1. in f. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.) l. 15. u. l. 19. §. 9. D. de captiv. (XLIX. 15.) l. 2. 11. 13. u. 20. C. de postlim. revers. (VIII. 51.)

d) l. 15. pr. D. h. t. (XX. 1.) l. 11. §. 3. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) Von zukünftigen Sachen in diesem Sinne sind solche zu unterscheiden, welche zwar schon jetzt existiren, aber erst künftig dem Verpfänder zugehören werden. Vgl. Sint. i. a. W. §. 19. Von der Verpfändung der Letztern kann erst weiter unten die Rede seyn.

e) arg. l. 8. pr. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) — l. 1. §. 2. D. h. t. (XX. 1.) — Vgl. Sint. i. a. W. S. 398. fgg.

f) Im Allgemeinen ist von ihnen zu bemerken, daß die Zulässigkeit ihrer Verpfändung erst auf späterer Erweiterung der ursprünglich nur auf körperliche Sachen beschränkten Grenzen des Pfandrechts beruht, und daß daher auch die Verpfändung unkörperlicher Sachen (nur etwa mit Ausnahme der militiae, s. Note l)) nur durch prätorischen Schutz besteht. Vgl. Hepp im Arch. f. d. Civil. Prax. B. 13. S. 343. fgg., Büchel a. a. O. S. 72. fgg. und Sint. i. a. W. §. 20.

g) l. 20. D. h. t. (XX. 1.) l. 15. §. 8. u. 9. D. de re judic. (XLII. 1.) l. 7. C. de hered. vend. (IV. 39.) l. 4. C. h. t. (VIII. 17.)

h) l. 11. §. 2. u. l. 15. pr. D. h. t. (XX. 1.) Diese Stellen handeln zwar nur von der Verpfändung des ususfructus; doch ist es keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß auch andere persönliche Servituten vom Eigenthümer der Sache einem Gläubiger pfandweise eingeräumt werden können. Vgl. Büchel a. a. O. S. 94. fgg. und Sint. i. a. W. S. 130. Nr. 4. — Daß aber nach den angef. Stellen auch der Usufructuar den ihm zuständigen Nießbrauch verpfänden kann, ist wenigstens auf den Usuar, da die Ausübung des usus nicht einem Andern überlassen werden kann (§. 194. Note m)), nicht anwendbar, wohl aber auf den Wohnungsberechtigten und den, welchem die operae servi oder anima-

lis zuſtehen, da beyde Berechtigte die Ausübung ihres Rechts miethweiſe einem Andern zu überlaſſen befugt ſind (§. 195. Note h), und §. 196. Note e)). Vgl. Büchel a. a. O. S. 96. Nr. 2. A. M. in Anſehung des Wohnungsberechtigten iſt Sint. i. a. W. S. 132. fgg.

i) l. 11. §. 3. u. l. 12. D. h. t. (XX. 1.) Ueber den Grund des dießfallſigen Unterſchiedes zwiſchen serv. praed. rusticorum und urbanorum ſ. Büchel a. a. O. S. 84. fgg., u. Sint. i. a. W. S. 126.

k) l. 16. D. de servitut. (VIII. 1.)

l) l. ult. C. h. t. (VIII. 14.) u. Nov. 53. c. 5., aus welchem Geſetz ſich zugleich ergiebt, daß früherhin die Zuläſſigkeit der Verpfändung einer militia zweifelhaft war. — Ueber die militiae in dem hierher gehörigen Sinne vgl. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 19. S. 293. fgg., u. Walter's Geſch. des röm. Rechts S. 400.

m) Vgl. Sint. i. a. W. §. 14.

n) l. 7. C. de reb. alien. non alienand. (IV. 51.)

o) l. 1. §. 2. D. h. t. (XX. 3.) l. 4. C. de litigios. (VIII. 37.) Vgl. auch §. 121. Note q) u. r).

p) pr. I. quib. alien. lic. (II. 8.) l. 4. D. de fundo dot. (XXIII. 5.) l. un. §. 15. C. de rei uxor. act. (V. 13.) — Nov. 61.

q) l. 10. §. 6. D. de jure dot. (XXIII. 3.) l. 11. D. de fundo dot. (XXIII. 5.) l. un. §. 15. C. cit.

r) l. 2. C. de bon. matern. (VI. 60.) l. 4. u. l. 6. §. 2. C. de bon., quae liber. (VI. 61.)

s) l. 5. C. h. t. (VIII. 17.)

t) l. 7. u. 8. C. eod.

Erinnerung. Zu den unkörperlichen Sachen, welche als Gegenſtände des Pfandrechts vorkommen, rechnet man gewöhnlich auch das emphyteutiſche und ſuperficiariſche Recht, ingleichen das Pfandrecht ſelbſt, indem dieſes vom Pfandgläubiger wiederum einem Andern verpfändet, und dadurch ein Afterpfand (subpignus *) begründet werden könne, mit deſſen Beſtellung immer auch zugleich die Hauptforderung ſtillſchweigends verpfändet ſey. Allein ſo wie bey der Verpfändung von Seiten des Emphyteuta oder Superficiars überall, wo ihrer in den Quellen Erwähnung geſchieht, nämlich l. 16. §. 2. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 13. §. 3. u. l. 31. D. h. t. (XX. 1.) l. 15. D. qui potior. in pign. (XX. 4.), nur die bey dieſen Verhältniſſen vorkommende körperliche Sache (vectigale praedium, superficies in alieno solo posita u. dgl.), nirgends aber das emphyteutiſche oder ſuperficiariſche Recht, als Gegenſtand dieſer Verpfändung aufgeführt wird (vgl. Büchel a. a. O. S. 122. fgg., und Sint. i.

a. W. S. 134. fgg.), eben so ist auch überall, wo der Afterverpfändung von Seiten des Pfandgläubigers gedacht wird, nämlich l. 40. §. 2. D. de pignorat. act. (wo besonders die Benennung: *secundi pignoris*, entscheidend ist,) l. 13. §. 2. D. h. t. (XX. 1.) l. 14. §. 3. D. de divers. temp. praesc. (XLIV. 3.) l. 1. u. 2. C. si pignus pignori dat. sit. (VIII. 24.), nur von der Verpfändung der dem Pfandgläubiger bereits verpfändeten Sache (res pignorata, id quod pignori obligatum est u. dgl.), nirgends aber von der Verpfändung seines Pfandrechts (pignoris jus), die Rede, und daß mit der Afterverpfändung zugleich auch eine stillschweigende Verpfändung der dem Afterverpfänder zuständigen Forderung verbunden sey, läßt sich weder aus der Natur der Sache, noch auch aus der l. 13. §. 2. D. h. t. (XX. 1.) erweisen. Vgl. Büchel a. a. O. S. 99—121. Abweichend hiervon ist Sint. i. a. W. §. 23.

§. 207.

Aeußerer Umfang des Pfandrechts.

Was den Umfang des Pfandrechts in Ansehung der Gegenstände betrifft, so kann es sich nicht blos auf einzelne, individuell bestimmte Sachen beziehen, sondern auch auf ein Begriffsganzes, welches Sachen einer bestimmten Gattung umfaßt [a]), ja auch auf ein gesammtes Vermögen [b]). Hierauf geht die Eintheilung des Pfandrechts in das besondere und das allgemeine (bey den Neuern gewöhnlich pignus speciale oder particulare und generale oder universale genannt [c])), wofür im Röm. Recht zwar auch bisweilen die Ausdrücke: *specialis* und *generalis hypotheca* oder *obligatio*, noch häufiger aber die Redensarten: *specialiter* und *generaliter obligare*, oder *pignori dare*, *accipere* u. dergl. vorkommen [d]). — Das an einzelnen, individuell bestimmten Sachen bestellte Pfandrecht erstreckt sich zwar auch auf die Früchte [e]), Accessionen und Zubehörungen derselben [f]), nicht aber auch auf das, was nur vorübergehend mit ihnen in Verbindung gebracht [g]), noch auch auf das, was für verpfändetes Geld, oder umgekehrt für den Verkaufspreis der verpfändeten Sache oder ihrer Früchte angeschafft worden ist [h]), und eben so wenig auch auf die durch Umgestaltung der verpfändeten

beweglichen Sache hervorgebrachte neue species, wenn nicht das Gegentheil bey der Pfandbeſtellung ausgemacht iſt [i]). Daß nun ein ſolches Pfandrecht mit der Sache, an der es haftet, auf jeden Erwerber derſelben übergehe [k]), folgt ſchon aus der Natur eines dinglichen Rechts (ſ. d. Einleit. §. 16. Nr. 2. und §. 204. Note n)). Iſt eine Mehrheit von Sachen, als ein Begriffsganzes, verpfändet, ſo ſind nicht blos die gegenwärtig zu dieſer universitas gehörigen Sachen dem Pfandrecht unterworfen, ſondern auch die erſt ſpäter hinzukommenden [l]), vorausgeſetzt, daß dieſe vom Verpfänder ſelbſt angeſchafft oder bey ihm oder ſeinen Erben aus den zur verpfändeten universitas gehörigen Sachen erzeugt worden ſind [m]). Auch bleibt ein ſolches Pfandrecht in der Regel an allen vom Verpfänder veräußerten Stücken jener universitas fortbeſtehen [n]); doch leidet dieß bey einem verpfändeten Waarenlager (taberna) eine Ausnahme, indem hier der Anſpruch des Gläubigers ſich auf die zur Zeit der Geltendmachung ſeines Rechts in dem Waarenlager befindlichen Stücke beſchränkt [o]). — Das Pfandrecht an einem Geſammtvermögen umfaßt nicht blos das gegenwärtige, ſondern auch das künftige Vermögen des Verpfänders [p]), jedoch nicht auch das, was erſt die Erben deſſelben anderswoher, als aus deſſen Nachlaſſe, ſich angeſchafft haben [q]), und außerdem ſind von dem allgemeinen Pfandrecht auch diejenigen Sachen ausgenommen, von denen es nicht wahrſcheinlich iſt, daß Jemand ſie ſpeciell verpfändet haben würde [r]). Auch dieſes Pfandrecht behält an allen einzelnen, aus jenem Geſammtvermögen vom Verpfänder veräußerten Sachen ſeine Wirkſamkeit [s]), ſie müßten denn mit Bewilligung des Gläubigers veräußert worden ſeyn, als in welchem Falle ſie auch dann, wenn ſie nachher wieder in das Vermögen des Verpfänders zurückkommen, doch nach Juſtinian's Entſcheidung dieſer ehedem beſtritten geweſenen Frage nicht wieder dem allgemeinen Pfandrechte des Gläubigers unterworfen werden [t]). — Uebrigens kann demſelben Gläubiger wegen der nämlichen Forderung ſowohl ein allgemeines, als ein beſonderes Pfandrecht eingeräumt werden, und dann iſt im Zweifel anzunehmen, daß ihm zunächſt die ſpeciell verpfändeten

Sachen, und nur wenn dieſe nicht ausreichen, auch das übrige Vermögen des Verpfänders zur Befriedigung dienen ſolle [u]).

a) l. 13. pr. l. 32. u. l. 34. pr. D. h. t. (XX. 1.)

b) z. B. l. 6. l. 15. §. 1. l. 34. §. 2. D. eod.

c) Manche machen jedoch einen Unterſchied zwiſchen dem pignus *universale* und *generale*, indem ſie nur den erſtern Ausdruck auf ein über das geſammte Vermögen ſich erſtreckendes Pfandrecht, den letztern aber auf ein ſolches, welches mehrere Arten von Sachen zugleich umfaßt, beziehen. Ferner theilen Manche das pignus generale wiederum ein in *generale simpliciter tale* und *generale secundum quid tale*. S. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 18. S. 208. fgg.

d) z. B. l. 6. u. 8. D. h. t. (XX. 1.) l. 9. C. h. t. (VIII. 17.) l. 11. C. de remiss. pign. (VIII. 26.) — l. 15. §. 1. D. h. t. (XX. 1.) l. 2. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) l. 29. pr. D. qui et a quib. manum. (XL. 9.) l. 6. C. de obligat. et act. (IV. 10.) l. 3. C. de servo pign. dat. (VII. 8.) l. 2. u. 17. C. h. t. (VIII. 14.) l. 1. u. 4. C. h. t. (VIII. 17.). — Freylich iſt man über den Sinn dieſer Ausdrücke keineswegs einverſtanden. S. die verſchiedenen hierauf bezüglichen Schriften bey Mackeldey §. 306. Note a). Indeſſen iſt ſo viel gewiß, daß im Sprachgebrauche Juſtinian's, wie er ſich beſonders in der l. 9. C. h. t. (VIII. 17.) zeigt, *generalis hypotheca* ein das ganze Vermögen umfaſſendes Pfandrecht bezeichnet, und mithin *specialis hypotheca* jedes andere Pfandrecht von beſchränkterem Umfange. Auch in einigen andern, in dieſer Note angef. Stellen aus früherer Zeit kommen dieſe, oder damit verwandte Ausdrücke in gleichem Sinne vor. Doch ſcheinen ſie im Vorjuſtinianiſchen Rechte noch keine feſt beſtimmte, techniſche Bedeutung gehabt zu haben, wie ſich dieß theils daraus ergiebt, daß ein das ganze Vermögen umfaſſendes Pfandrecht gewöhnlich mit umſchreibenden Ausdrücken, entweder in Verbindung mit *generalis* oder *generaliter*, oder auch ohne dieſes Wort, bezeichnet wird, z. B. *obligatio generalis rerum, quas quis habuit habiturusve sit*, l. 6. D. h. t. (XX. 1.), *universa bona generaliter pignori accipere*, l. 2. C. h. t. (VIII. 14.), *pignori accipere a debitore, quidquid in bonis haberet habiturusve esset*, oder *omnia bona, quae habet quaeque habiturus est, obligare*, oder *quae nunc habet et quae postea acquisierit*, und dgl., Paul. V. 6. §. 16. l. 15. §. 1. u. l. 34. §. 2. D. h. t. (XX. 1.) l. 21. pr. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) l. 3. C. de serv. pign. dat. (VII. 8.), theils daraus, daß die Worte *generalis* und *generaliter* in der Pfandlehre auch für das, was nicht individuell beſtimmt, ſondern nur nach einem Gattungsbegriff angegeben iſt, gebraucht werden, z. B. l. 29. pr. D. h. t. (XX. 1.) l. 4. C. h. t. (VIII. 17.), theils daraus, daß *specialiter* in dieſer Lehre bisweilen,

ohne den Gegensatz von generaliter zu bilden, so viel bedeutet als: namentlich, oder ausdrücklich, z. B. l. l. §. 1. l. 29. §. 1. D. h. t. (XX. 1.) l. 6. D. in quib. caus. pign. (XX. 2.) l. 2. u. 5. C. eod. (VIII. 15.) Vgl. Roßhirt in Dessen Zeitsch. f. Civil- u. Criminalr. B. 1. H. 1. S. 29—39. u. Sint. i. a. W. S. 481—488.

e) l. 3. C. in quib. caus. pign. (VIII. 15.) Doch haften die bereits percipirten Früchte der verpfändeten Hauptsache dem Gläubiger nur in so fern, als sie entweder nach erhobener Klage percipirt, oder im Falle früherer Perception bey dem Percipienten noch vorhanden sind, und in jedem Fall nur subsidiär, wenn nämlich die Hauptsache zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreicht. l. 1. §. 2. u. l. 16. §. 4. D. h. t. (XX. 1.) Indessen ist ein malae fidei possessor wohl auch hierbey nach den allgemeinen Grundsätzen von der Restitution der Früchte (§. 161. Nr. 3.) zu beurtheilen. Näheres hierüber s. bey Backe Bon. fid. poss. quemadm. fruct. suos fac. p. 39. sqq. u. 118. sqq., Huschke in den Stud. des Röm. Rechts S. 369. fgg., Roßhirt a. a. O. S. 8. u. Sint. i. a. W. S. 462. fgg.

f) l. 16. D. de servitut. (VIII. 1.) l. 18. §. 1. u. l. 21. D. de pignor. act. (XIII. 7.) l. 16. pr. D. h. t. (XX. 1.) Doch macht bey einem verpfändeten Sclaven das peculium desselben eine Ausnahme hiervon, dafern es nicht ausdrücklich mit verpfändet ist. l. 1. §. 1. D. eod. — Was bey Paul. II. 5. §. 2. bemerkt wird, daß die Kinder einer verpfändeten Sclavin, eben so wie die Jungen eines verpfändeten Thieres, dem Pfandrechte nicht mit unterworfen seyen, wenn nicht das Gegentheil ausgemacht wäre, stimmt mit der l. 29. §. 1. D. h. t. (XX. 1.) u. der l. 1. C. de partu pign. (VIII. 25.) nicht überein, indem nach diesen Stellen das Kind einer verpfändeten Sclavin, wenn es bey dem Verpfänder oder dessen Erben geboren wird, allemal dem Pfandrechte mit unterworfen ist; was nach der l. 18. §. 2. D. de pignorat. act. und l. 1. pr. D. de Salv. interd. (XLIII. 33.) auch selbst von dem bey einem andern Eigenthümer gebornen Sclavenkinde gilt, wenn es nur bereits bey'm Verpfänder concipirt war. Vgl. Huschke a. a. O. S. 371. fgg.

g) l. 32. D. h. t. (XX. 1.)

h) l. 7. §. 1. in f. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) l. 3. C. in quib. caus. pign. (VIII. 15.)

i) l. 18. §. 3. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) Bey unbeweglichen Sachen dagegen hat eine Veränderung oder Umgestaltung derselben auf das an ihnen haftende Pfandrecht keinen Einfluß. l. 16. §. 2. D. h. t. (XX. 1.)

k) l. 18. §. 2. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) „Si fundus pignoratus venierit, manere causam pignoris, quia *cum sua causa fundus transeat* .....“ l. 15. C. h. t. (VIII. 14.) l. 12. C. de distract. pign. (VIII. 28.)

l) l. 13. pr. D. h. t. (XX. 1.) Manche, z. B. auch Roßhirt a. a. O. S. 11., wollen jedoch die Anwendbarkeit dieser Stelle auf andere universitates, als eine Heerde, nicht zugeben. S. dagegen Glück's Erläut. d. Pand. Th. 18. S. 230. fgg. u. Sint. i. a. W. S. 467. fgg.

m) l. 26. §. 2. u. l. 29. §. 1. D. eod. S. auch Note f) z. E.

n) Dieß folgt schon aus dem Grundsatz: daß eine Sache mit ihren Eigenthümlichkeiten (cum sua causa), also auch mit den auf ihr ruhenden Lasten auf den neuen Erwerber übergehe. l. 18. §. 2. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) Vgl. Sint. i. a. W. S. 468. fgg.

o) l. 34. pr. D. h. t. (XX. 1.) Der Grund dieser Ausnahme liegt darin, daß die einzelnen Bestandtheile einer taberna, ihrer Bestimmung gemäß, einem beständigen Wechsel oder Verkehr unterworfen sind, und daß sonst dem Verpfänder sein Gewerbe vereitelt werden würde, wenn an den Waaren auch nach ihrer Veräußerung noch das Pfandrecht haften sollte. Daher ist das Nämliche auch bey jedem andern, zum Handelsbetrieb bestimmten Begriffsganzen anzunehmen, läßt sich aber keineswegs auf andere universitates anwenden. Vgl. Glück a. a. O. S. 231. fgg. Roßhirt a. a. O. S. 10., Mühlenbruch im Arch. f. d. Civil. Prax. B. 17. S. 378. u. Sint. i. a. W. S. 466. fgg. — Etwas Aehnliches kommt jedoch zufolge der l. 9. D. in quib. caus. pign. (XX. 2.) bey dem Pfandrecht des Vermiethers eines praedium urbanum an den eingebrachten Sachen des Miethmannes vor, wenigstens in Bezug auf die Freylassung der darunter befindlichen Sclaven. Weiter gehen hierin Glück a. a. O. S. 422. mit den das. Note 5. cit. Schriftstellern, u. Sint. i. a. W. S. 467.

p) l. 15. §. 1. l. 34. §. 2. D. h. t. (XX. 1.) l. 6. §. 2. u. l. 8. §. 4. C. de secund. nupt. (V. 9.) l. 9. C. h. t. (VIII. 17.). Ehedem pflegte man bey der freywilligen Verpfändung des ganzen Vermögens schon durch die Formeln, deren man sich dabey bediente (s. Note d)), anzudeuten, daß auch das künftige Vermögen des Verpfänders darunter begriffen sey. Nach Justinian's Verordnung in der l. 9. C. cit. aber soll bey der Bestellung eines allgemeinen Pfandrechts die Bemerkung, daß es sich auch auf die künftigen Sachen des Verpfänders erstrecke, nicht nöthig seyn, sondern sich schon von selbst verstehen. — Wann übrigens an den künftig erworbenen Sachen das Pfandrecht beginne, ob nämlich sofort mit der Pfandbestellung selbst, oder erst mit dem Zeitpunct des Erwerbs jener Sachen? ist sehr bestritten; doch möchte für die letztere Meinung wohl die l. 7. §. 1. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) entscheidend seyn. Vgl. Sint. i. a. W. S. 386 – 398. und die das. für beyde Meinungen angef. Schriftsteller.

q) l. 29. pr. D. h. t. (XX. 1.)

r) Dahin gehören theils die für die alltäglichen Bedürfnisse des Verpfänders unentbehrlichen Sachen, z. B. Hausgeräthe, Kleidungsstücke u. dgl., theils

ſolche, zu denen er eine beſondere Zuneigung hat. Paul. V. 6. §. 16. l. 6—9. pr. D. h. t. (XX. 1.) l. 1. C. h. t. (VIII. 17.) Alle dieſe Stellen handeln zwar nur von dem freywilligen allgemeinen Pfandrechte; doch iſt wohl das Nämliche analogiſch auch bey dem geſetzlichen allgemeinen Pfandrechte anzunehmen. Vgl. §. 208. Note e) u. Sint. i. a. W. S. 500.

s) l. 15. §. 1. D. h. t. (XX. 1.) l. 1. D. de distract. pign. (XX. 5.) l. 17. C. eod. (VIII. 28.) l. 8. in f. C. de sec. nupt. (V. 9.) l. 2. C. h. t. (VIII. 14.) l. 47. pr. D. de jure fisc. (XLIX. 14.) l. 6. C. de privil. fisc. (VII. 73.) Vgl. Sint. i. a. W. S. 490—493. Doch kann die Freylaſſung eines in einem Generalpfandrechte mit begriffenen Sclaven vom Verpfänder mit voller Wirkſamkeit, d. h. ſo, daß der bisherige Sclave vom Pfandnexus frey wird, geſchehen, dafern ihr nur nicht eine betrügeriſche Abſicht gegen die Gläubiger unterliegt. l. 29. pr. D. qui et a quib. manum. (XL. 9.) l. 2. u. 3. C. de servo pign. dat. (VII. 8.)

t) l. ult. C. de remiss. pign. (VIII. 26.)

u) l. 2. C. h. t. (VIII. 14.) l. 9. C. de distract. pign. (VIII. 28.) Näheres hierüber ſ. bey Glück a. a. O. S. 235. fgg., Thibaut im Arch. f. d. Civil. Prax. B. 17. Nr. 1. u. Sint. i. a. W. S. 494. fgg.

Zweites Capitel.

Von der Entſtehung des Pfandrechts.

Auch hierher gehören die bey'm Anfange des vorigen Capitels angef. Quellentitel.

§. 208.

Ueberſicht der Entſtehungsgründe des Pfandrechts.

Ein Pfandrecht kann entſtehen entweder durch eine Willenshandlung des Verpfänders (ſog. pign. *voluntarium*), oder auch wider den Willen deſſen, dem das Pfand angehört (ſog. pign. *necessarium*). Das freywillige Pfandrecht nun gründet ſich entweder auf einen Vertrag (*conventionale* pign. [a])), oder auf eine letztwillige Dispoſition (ſog. pign. *testamentarium*). Das nothwendige Pfandrecht aber beruht entweder auf einer obrigkeitlichen Verfügung, wohin theils die missio in bona oder in

possessionem (§. 95. Nr. 5.) gehört (*praetorium* pign. [b])), theils die pignoris capio [c]) oder unmittelbar auf einer Rechtsbestimmung, indem mit manchen Forderungen, sobald die Thatsachen oder Verhältnisse, wodurch sie begründet werden, existiren, schon von Rechtswegen ein Pfandrecht verbunden ist. Ein solches wird von den Neuern pign. *legale*, in den Quellen aber *tacitum pign.* oder *tacita hypotheca* genannt [d]), oder auch durch die Redensart umschrieben: pignus oder hypotheca *tacite contrahitur*, weil es nämlich als durch stillschweigende Uebereinkunft der Interessenten begründet, oder auf ihrem präsumtiven Willen beruhend angesehen wird [e]). — Dagegen kann durch Ersitzung kein Pfandrecht begründet werden [f]).

a) l. 2. C. de praetor. pign. (VIII. 22.)

b) l. 1. u. 2. C. eod.

c) In dem Einen Falle derselben wird das Pfand: in causa judicati pignus captum, od. auf ähnliche Art benannt. S. §. 211. Note h).

d) l. 4. §. 1. D. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contrah. (XX. 2.) l. un. §. 1. C. de rei uxor. act. (V. 13.) l. 1. C. commun. de legat. (VI. 43.)

e) l. 3. l. 4. pr. l. 6. u. l. 7. pr. D. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contrah. (XX. 2.) — l. 3. u. 7. C. eod. (VIII. 15.) „..... Tali enim justa *praesumtione* .....“ — Auch wird von den einem solchen Pfandrecht unterworfenen Sachen gesagt: *pignori esse creduntur, quasi id tacite convenerit*, oder *tacite intelliguntur pignori esse*, oder *tacite obligantur*, oder *veluti pignoris titulo obligantur* u. dgl. l. 4. pr. l. 7. pr. D. eod. l. 1—3. u. l. 7. C. eod.

f) Vgl. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 18. S. 195. fgg., Unterholzner's Verjährungsl. §. 247. u. 248. Büchel's Civilrechtl. Erört. Bd. 1. Nr. II. (Ueber die Natur des Pfandr.) S. 51. fgg. u. Sint. i. a. W. §. 36.

§. 209.

A) Freywilliges Pfandrecht. *α*) Arten der Bestellung und historische Erörterung desselben [a]).

Unter den beyden im vorigen §. angegebenen Arten des freywilligen Pfandrechts ist das vertragsmäßige ohne Zweifel

älter, als das teſtamentariſche. — Die vertragsmäßige Pfandbeſtellung geſchah in den älteſten Zeiten bey den Römern durch mancipatio oder in jure cessio [b]) fiduciae causa, d. h. ſo, daß der Schuldner dem Gläubiger zur Sicherheit deſſelben eine Sache ſolenn veräußerte, jedoch unter dem Verſprechen des Letztern, nach erhaltener Zahlung die Sache dem Schuldner wieder zurückgeben zu wollen [c]). Dadurch wurde alſo ein temporäres Eigenthum ex jure Quiritium an der Sache auf den Gläubiger übertragen; doch wurde der Beſitz und Gebrauch derſelben nicht ſelten dem Schuldner vom Gläubiger pacht- oder miethweiſe, oder auch precario überlaſſen [d]). Wurde nun die Sache nach geleiſteter Zahlung dem Schuldner vom Gläubiger auf ſolenne Weiſe, alſo ebenfalls entweder durch mancipatio [e]) oder in jure cessio, zurückgegeben, ſo erlangte er dadurch ſein voriges Eigenthum ex jure Quiritium ſofort wieder. War er aber auf andere Art in ihren Beſitz gekommen, ſo war zur Wiedererlangung des Quiritariſchen Eigenthums an der Sache die usureceptio nöthig (§. 169. Note n—p)). Dieſe Art der Pfandbeſtellung war zwar zur Zeit der claſſiſchen Juriſten noch im Gebrauch [f]); kam aber allmählig ab, und wird in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern nicht mehr erwähnt. — Neben derſelben aber kamen ſchon frühzeitig zwey andere, auch noch im neueſten Röm. Recht üblich gebliebene Arten der vertragsmäßigen Pfandbeſtellung auf, welche darin mit einander übereinſtimmen, daß bey ihnen nicht, wie durch jene älteſte Art der Pfandbeſtellung, ein temporäres Eigenthum auf den Gläubiger übertragen [g]), ſondern ihm vielmehr ein beſonderes Recht an einer fremden Sache dermaaßen eingeräumt wird, daß dieſe ihm zur Sicherheit für ſeine Forderung verhaftet ſeyn ſoll; jedoch dadurch ſich von einander unterſcheiden, daß bey der einen Art der Verpfändung die Sache dem Gläubiger in den Beſitz gegeben wird (pignus im engern Sinne), die andere aber ohne Beſitzüberlaſſung Statt findet (hypotheca, §. 204. Note d) u. e)) [h]). Jene Art der Pfandbeſtellung, welche ſich auf den ſog. contractus pignoraticius gründet, iſt höchſt wahrſcheinlich älter [i]), als dieſe, welche auf dem ſog. pactum hypothecae beruht; doch kam auch die Letztere ſchon in den

Zeiten der Republik vor[k]). Urſprünglich gewährte das pignus dem Gläubiger wohl nur ein Retentionsrecht an der Sache bis zur Bezahlung der Schuld; doch wurden in der Folge damit nicht nur die poſſeſſoriſchen Interdicte (§. 136. Note y)), ſondern auch die dingliche Klage, welche durch das prätoriſche Recht zunächſt nur für die hypotheca eingeführt war (§. 218.), mittelſt analoger Erweiterung derſelben verbunden[l]). Auch wurde bey der vertragsmäßigen Pfandbeſtellung häufig dem Gläubiger das Recht, die verpfändete Sache auf den Fall, daß die Zahlung nicht zur gehörigen Zeit erfolgte, zu ſeiner Befriedigung zu veräußern, ausdrücklich eingeräumt[m]). Späterhin aber bedurfte es einer ſolchen Uebereinkunft nicht mehr; vielmehr war ſchon zur Zeit der ſpätern Digeſtenſchriftſteller angenommen, daß ſie ſich nach der Natur und dem Zweck des Pfandrechts von ſelbſt verſtehe[n]). Ferner konnte im ältern Recht auch die Verabredung bey der Pfandbeſtellung getroffen werden, daß dem Gläubiger, wenn er nicht zur rechten Zeit die Zahlung erhielt, das Pfand zum Eigenthum verfallen ſeyn ſollte[o]) (*lex commissoria* a. u.[p])); doch wurde dieſer Nebenvertrag bey der Pfandbeſtellung von Conſtantin d. G. verboten[q]). Uebrigens iſt die vertragsmäßige Pfandbeſtellung in der Regel an gar keine Form weiter gebunden[r]), vielmehr genügt dazu jedwede, die Abſicht der Verpfändung ausdrückende Willenserklärung[s]), die auch ſelbſt durch Handlungen erfolgen kann[t]). — Was das teſtamentariſche Pfandrecht anlangt, ſo wird deſſen Zuläſſigkeit in unſern Quellen auf Reſcripte von Septimius Severus und Antoninus (Caracalla) zurückgeführt[u]). Es kann eben ſowohl zur Sicherſtellung der Vermächtnißnehmer, als der Gläubiger des Teſtators beſtellt werden[v]).

a) Einige auf die Geſchichte des Pfandrechts bezügliche Schriften finden ſich bey Mackeldey in der dem §. 303. vorausgeſchickten Literatur z. A. verzeichnet. Vgl. auch Sint. i. a. W. §. 25.

b) Gegen den klaren Ausſpruch Ulpian's XIX. §. 9. u. andere Quellenzeugniſſe, z. B. Gaj. II. §. 22. 24. 26. u. 41., beſchränkt Sint. i. a. W. S. 195. die in jure cessio nur auf nec mancipi res.

c) Gaj. II. §. 59. u. 60. Isid. Or. V. c. 25. „..... *Fiducia* est: cum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur,

vel in jure ceditur ....." Diese Definition der fiducia ist jedoch nur auf den Fall der Pfandbestellung (und zwar auch nur wegen eines aufzunehmenden Darlehns) berechnet. Im Allgemeinen aber bezeichnet *fiducia* in dem hierher gehörigen Sinne theils ein solches solennes Veräußerungsgeschäft (durch mancipatio oder in jure cessio), wobey der Erwerber die Verpflichtung übernimmt, die ihm überlassene Sache dem Veräußerer dereinst wieder zurückzugeben, theils die auf solche Weise veräußerte und erworbene Sache selbst. Gaj. II. §. 60. „..... *fiducia* contrahitur aut cum creditore pignoris jure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent ....." Boeth. ad Cic. Top. IV. „..... *Fiduciam* vero accipit, cuicunque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet ..... Haec mancipatio *fiduciaria* nominatur idcirco, quod *restituendi fides* interponitur ....." — Ueber die aus dieser ältesten Art der Pfandbestellung herrührenden Bezeichnungen der verpfändeten Sache s. §. 204. Note l) z. E. — Daß übrigens in Bezug auf ein solches per aes et libram abgeschlossenes Geschäft bey Varro de L. L. VI. 5. von einem *obligare* der Sachen, im Gegensatz des mancipio dare, die Rede ist (Zus. 2. zum §. 153.), ist wohl aus der Rücksicht auf den Zweck der Sicherstellung des Gläubigers und auf dessen Verpflichtung zur Rückgabe der Sache nach abgetragener Schuld zu erklären.

d) Gaj. II. §. 60. in f.

e) Der *remancipata* fiducia gedenkt ausdrücklich Paul. II. 13. §. 3.

f) Gaj. II. §. 60. Paul. II. 13. §. 1—7. Doch scheinen manche Bestimmungen, die hier Paulus vorträgt, nicht der ursprünglichen Natur der fiducia anzugehören, sondern bey ihr erst späterhin, nachdem sich das Rechtsverhältniß des pignus bereits ausgebildet hatte, nach der Analogie des Letztern angenommen worden zu seyn. Vgl. Schweppe's Röm. Rechtsgesch. §. 286. u. Sint. i. a. W. S. 196.

g) Dieß hebt Isid. Or. V. 25. bey der Begriffsbestimmung des pignus ausdrücklich hervor: „..... cujus rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor; ceterum *dominium penes debitorem est* ....." Vgl. auch l. 12. pr. D. de distract. pign. (XX. 5.) l. 13. C. h. t.

h) Daher unterscheidet Isid. l. c. drey Arten der Pfandbestellung: *pignus*, *fiducia* und *hypotheca*, ohne jedoch zu bemerken, daß die fiducia zu seiner Zeit längst außer Gebrauch gekommen war.

i) Daß aber schon in den zwölf Tafeln über das pignus, als vertragsmäßig bestelltes Faustpfand, Etwas verordnet gewesen sey, läßt sich aus der dafür gewöhnlich angeführten l. 238. §. 2. D. de verb. signif. (L. 16.) um so weniger beweisen, da aus Gaj. IV. §. 28. hervorgeht, daß über eine andere Art des pignus (wie es nämlich bey der alten pignoris capio

vorkam,) jenes Gesetz Bestimmungen enthielt. Vgl. auch Sint. i. a. W. S. 196. fgg.

k) Denn sie wird bereits von Cic. ad Famil. XIII. 56. erwähnt, freylich nur in Bezug auf eine Provinz, und zwar eine griechische.

l) §. 7. I. de action. (IV. 6.) Zwar glaubt von Löhr im Magaz. für Rechtsw. B. 3. S. 130—138., daß, wenn die verpfändete Sache im Röm. Eigenthum des Verpfänders gewesen sey, der Faustpfandgläubiger eine eigene, aus dem Civilrecht abstammende, dingliche Klage gehabt habe. Gegen diese Ansicht aber s. Büchel's Civilrechtl. Erört. Bd. 1. Nr. II. (Ueber die Natur des Pfandrechts,) S. 11—24., womit auch Sint. i. a. W. S. 200. fgg. übereinstimmt.

m) Daß nämlich im ältern Recht dem Pfandgläubiger nur dann das Recht zur Veräußerung des Pfandes zustand, wenn es ihm ausdrücklich durch Vertrag eingeräumt worden war, ergiebt sich nicht allein aus Gaj. II. §. 64. „..... alienare potest ..... creditor pignus *ex pactione*, quamvis ejus ea res non sit; sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, *qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur*," sondern auch aus manchen Digestenstellen, namentlich l. 6. §. 8. in f. D. commun. divid. (X. 3.) l. 14. §. 5. D. de divers. temp. praesc. (XLIV. 3.) l. 78. D. de furt. (XLVII. 2.) (Javolenus) „Si is, qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit, ... furti se obligat."

n) l. 4. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) (Ulpianus) „Si convenit de distrahendo pignore ..... venditio valet ..... *Sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur, ut liceat distrahere* ....." l. 12. §. 10. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) (Marcianus) „Si priori hypotheca obligata sit, nihil vero de venditione convenerit, posterior vero de hypotheca vendenda convenerit, verius est, priorem potiorem esse ....." — Wenn nun dessenungeachtet im §. 1. I. quib. alien. lic. (II. 8.) die in der vorigen Note cit. Stelle aus Gajus fast wörtlich wiedergegeben ist, so läßt sich dieß nur einer Uebereilung der Verfasser der Institutionen zuschreiben, und muß im Sinne des Justinianischen Rechts auf einen stillschweigenden, d. h. sich von selbst verstehenden, Vertrag bey der Pfandbestellung bezogen werden. Vgl. Schrader's Bemerk. zu dieser Stelle in s. Institut. Ausg. — Indessen wird doch allerdings bisweilen die Veräußerungsbefugniß vom Pfandrechte getrennt, z. B. l. 114. §. 12. D. de legat. I. (XXX.) „..... mitti liberos in possessionem fideicommissi servandi causa, *ut pro pignore, non ut pro dominis possideant, vel alienandi jus, sed ut pignus habeant* ....."

o) Cic. ad Famil. XIII. 56. Vatic. Fr. §. 9.

p) **Paul. II. 13. de lege commissoria.** Ueber die Erklärung dieses Ausdrucks s. **Glück's** Erläut. d. Pand. Th. 14. S. 86. Note 56).

q) **l. un. Th. C. de commissor. rescind. (III. 2.) u. l. 3. J. C. de pact. pign. (VIII. 35.)** Daraus erklärt sich auch, daß in den Digesten die **lex commissoria** nirgends bey'm Pfandvertrage, wohl aber bey'm Kaufcontracte, wo sie nicht verboten ist, erwähnt wird. **Tit. D. de lege commiss. (XVIII. 3.)** — Doch ist durch das Verbot der **lex commissoria** bey'm Pfandvertrage die Gültigkeit eines solchen Vertrags, dessen in der **l. 16. §. 9. D. h. t.** Erwähnung geschieht, wonach das Pfand auf den Fall der nicht zur gehörigen Zeit erfolgenden Zahlung dem Gläubiger für einen alsdann zu bestimmenden angemessenen Preis verkauft seyn soll, wohl eben so wenig für aufgehoben zu achten, als die Zulässigkeit eines nicht schon bey der Pfandbestellung im Voraus bestimmten, sondern erst nachher abgeschlossenen Verkaufs des Pfandes an den Gläubiger, oder einer Ueberlassung desselben an Zahlungsstatt. **l. 12. pr. D. de distract. pign. (XX. 5.) l. 13. C. h. t.** Vgl. **Sint.** i. a. W. S. 257. fgg. — Daß aber nach **Paul. II. 13. §. 3.** der Schuldner die **fiducia** dem Gläubiger nicht verkaufen konnte, hat darin seinen Grund, weil durch die **mancipatio** oder **in jure cessio** das Pfand schon in das, wenn auch nur temporäre, Eigenthum des Gläubigers übergegangen war. Vgl. die Bemerk. von **Cujacius** und **Schulting** zu dies. Stelle.

r) **l. 4. u. l. 23. §. 1. D. h. t. l. 4. D. de fide instrument. (XXII. 4.)** — Nur bey solchen Sachen, deren Veräußerung an eine bestimmte Form gebunden ist, muß auch die Verpfändung unter Beobachtung der nämlichen Form geschehen. **l. 1. §. 2. u. 4. u. l. 2. D. de reb. eor., qui sub tutel. (XXVII. 9.) l. 22. C. de administr. tut. (V. 37.) l. 2. C. de curat. furios. (V. 70.)**

s) **l. 3. §. 2. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) l. 9. C. quae res pign. (VIII. 17.)**

t) **l. 2. C. eod.** — Ein solches Pfandrecht, dessen Bestellung aus Worten oder Handlungen gefolgert wird, nennen die Neuern *tacitum pignus*, obgleich dieser Ausdruck im Röm. Recht einen ganz andern Sinn hat. (§. 208. Note d)).

u) **l. 26. pr. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) (Ulpianus)** „..... testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum patre saepissime rescripsit.“ Daß jedoch das testamentarische Pfandrecht durch Rescripte dieser Kaiser erst eingeführt worden sey, wird von Manchen bezweifelt. Vgl. **Glück** i. a. W. Th. 18. S. 186. fgg.

v) **l. 26. pr. D. cit. l. 9. D. de ann. legat. (XXXIII. 1.) l. 12. D. de aliment. leg. (XXXIV. 1.) l. 1. C. commun. de legat. (VI. 43.)**

Erinnerung. Auf eine solche Pfandbestellung, welche ehedem durch **mancipatio fiduciae causa** geschah, wird das Wort ***nexum*** im engern

Sinn bezogen (Zuſ. 2. zum §. 153.), womit auch wohl die noch im neuern Recht vorkommende Bezeichnung der verpfändeten Sachen durch *res nexae* in Verbindung ſteht (§. 204. Note 1)). Daß aber das *nexum* nach dem älteſten Röm. Recht (bis zur lex Poetelia) in einer durch Mancipation geſchehenen Selbſtverpfändung der eignen Perſon des Schuldners beſtanden habe, wodurch er mit ſeiner Familie und ſeinem Vermögen in des Gläubigers Gewalt (mancipium) gekommen ſey, und vor der Löſung *nexus* oder *nexu vinctus* geheißen habe, wie nach dem Vorgang von Salmasius und Gronov noch neuerlich Niebuhr in der Röm. Geſch. Th. 1. S. 638—643. (d. 3ten Ausg.) und Zimmern in d. Geſch. des Röm. Privatr. B. 3. §. 45. behauptet haben, läßt ſich ſchon aus dem Grunde nicht annehmen, weil (abgeſehen von der coëmtio, wodurch Frauen in die manus kamen, Gaj. I. §. 113—115.), in unſern Quellen ſich keine Spur findet, daß jemals der Freye ſich ſelbſt hätte mancipiren, und dadurch in das mancipium eines Andern bringen können. Ueber mehrere andere Gründe gegen jene Annahme ſ. von Savigny in d. Zuſ. 2. zum §. 153. angef. Abhandlung über das altröm. Schuldrecht S. 70. fgg.

§. 210.

β) Fähigkeit zur Beſtellung und Erwerbung eines freywilligen Pfandrechts, und Anfangspunct deſſelben.

Außer den zu Anfange dieſes Capitels angef. Quellentiteln gehört hierher auch: tit. C. si aliena res pignori data sit. (VIII. 16.)

Zu der vertragsmäßigen Verpfändung iſt überhaupt Jeder befähigt, welcher über das zu verpfändende Object freye Dispoſitionsbefugniß wenigſtens in ſo weit hat, daß ihm die Verpfändung deſſelben rechtlich geſtattet iſt [a]), alſo nicht blos der Eigenthümer [b]), dafern ihm nicht etwa das Dispoſitionsrecht über ſeine Sache aus einem beſondern Grunde ganz entzogen oder beſchränkt iſt [c]), ingleichen der Miteigenthümer in Betreff ſeines Antheils an der gemeinſchaftlichen Sache [d]), ſondern auch der Emphyteuta und Superficiar für die Dauer ihres Rechts [e]), der Uſufructuar, und nach deſſen Muſter wohl auch der Wohnungsberechtigte und der, welchem die operae servi oder animalis zuſtehen [f]), ferner der Pfandgläubiger in Anſehung des

ihm verpfändeten Objects [g]), ingleichen ein Hausſohn oder Sclave in Anſehung des ſeiner unbeſchränkten Verwaltung überlaſſenen peculium [h]), und überhaupt der Verwalter eines fremden Vermögens [i]), ſofern nicht bey ihm aus beſonderen Rückſichten die Fähigkeit zu Verpfändungen beſchränkt iſt [k]). Dagegen iſt die vertragsmäßige Verpfändung einer fremden Sache, an der man keine Dispoſitionsbefugniß hat, in der Regel ungültig [l]), außer wenn der Eigenthümer derſelben in die Verpfändung einwilligt [m]), oder ſie nachher genehmigt [n]). Doch kann eine fremde Sache allerdings unter der Bedingung, wenn ſie in das Eigenthum des Verpfänders gekommen ſeyn werde, gültiger Weiſe verpfändet werden [o]), und einer ſolchen Verpfändung iſt überhaupt diejenige, welche ſich auf eine erſt künftig vom Verpfänder zu erwerbende Sache bezieht, gleich zu achten, ſo daß in dem einen, wie in dem andern Falle der Anfangspunct des Pfandrechts ſelbſt erſt mit dem Erwerb der Sache eintritt [p]). Aber auch ohne Bedingung oder Erwähnung des künftigen Erwerbs gelangt die Verpfändung einer fremden Sache alsdann, wenn der Verpfänder in der Folge Eigenthümer derſelben wird, wenigſtens in ſo weit zur Wirkſamkeit, daß dem Pfandgläubiger eine utilis actio zur Verfolgung ſeines Rechts zukommt [q]). Das Nämliche iſt conſequenter Weiſe auch in dem Falle, wenn der Eigenthümer der verpfändeten Sache nachher Erbe des Verpfänders wird, anzunehmen [r]), da ja überhaupt der Erbe die vom Erblaſſer unternommenen Verfügungen, auch wenn ſie ſich auf des Erſtern eigene Sachen beziehen, anerkennen muß [s]). — Auch zur Erwerbung eines vertragsmäßigen Pfandrechts iſt, wenigſtens bey'm Fauſtpfande, wegen der aus dem Pfandcontract entſpringenden gegenſeitigen Verbindlichkeiten der Intereſſenten, in der Perſon des Gläubigers die freye Dispoſitionsbefugniß über ſein Vermögen, oder ſonſt der Beytritt deſſen, ohne deſſen Auctorität er ſich nicht verbindlich machen kann, erforderlich [t]). Ferner konnte ein vertragsmäßiges Pfandrecht nach der Conſequenz des ältern Rechts durch einen freyen Stellvertreter dem Principal direct nicht erworben werden (§. 94. Note b)) [u]); Juſtinian aber verordnete das Gegentheil [v]). — Uebrigens beginnt das vertragsmäßige Pfandrecht, abgeſehen von

den in diesem §. vorgekommenen Ausnahmefällen [x]), in der Regel sofort mit dem Zeitpunct des eingegangenen Pfandvertrags [y]), selbst wenn dem Versprechen eines Faustpfandes die Uebergabe der Sache, als welche nur zur Vollziehung, nicht aber zur Gültigkeit des Pfandcontracts gehört, nicht gefolgt seyn sollte [z]), indem alsdann wenigstens eine Hypothek als bestellt zu betrachten ist [aa]). Wenn eine Suspensiv-Bedingung (der auch ein schlechthin ungewisser Anfangstermin gleichsteht, §. 82. Note f),) dem Pfandvertrage beygefügt ist, so kann zwar das Pfandrecht selbst vor deren Eintrit nicht geltend gemacht werden [bb]); doch wird im Uebrigen die Wirkung desselben mit dem Eintritt der Bedingung, dafern es nur nicht eine solche ist, welche ohne den Willen des Verpfänders nicht erfüllt werden konnte (Note p)), auf die Zeit der Pfandbestellung zurückgezogen [cc]). — Was endlich das testamentarische Pfandrecht anlangt, so ist es sowohl in Ansehung der Fähigkeit, es zu bestellen und zu erwerben, als auch in Ansehung seines Anfangspunctes, nach den von Vermächtnissen geltenden Grundsätzen zu beurtheilen [dd]).

a) l. 8. C. h. t. (VIII. 16.) „Nexum non facit praediorum, nisi persona, *quae jure potuit obligare* . . . . .“

b) Ueber die Verpfändung einer in gutem Glauben erworbenen Sache s. l. 18. u. 21. §. 1. D. h. t.

c) Z. B. l. 1. pr. D. quae res pign. oblig. non poss. (XX. 3.) l. 3. §. 2. u. 3. C. commun. de legat. (VI. 43.) l. 8. §. 5. C. de bon., quae liber. (VI. 61.)

d) l. un. C. si commun. res pign. dat. s. (VIII. 21.) — l. 7. §. 4. D. quib. mod. pign. solv. (XX. 6.) l. 6. §. 8. u. 9. D. commun. divid. (X. 3.) l. 2. C. eod. (III. 37.) Vgl. Sint. i. a. W. §. 18.

e) Ueber die hierher gehörigen Stellen s. die Erinner. zum §. 206.

f) S. §. 206. Note h).

g) Auch über die hierher gehörigen Stellen s. die in der Note e) angef. Erinner.

h) l. 18. §. 4. u. l. 19. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 1. §. 1. D. quae res pign. oblig. non poss. (XX. 3.)

i) l. 11. pr. D. h. t. l. 12. D. pignorat. act. (XIII. 7.) — Ein gewöhnlicher Bevollmächtigter kann Sachen seines Principals nur, wenn er

von selbigem speciellen Auftrag dazu erhalten hat, gültiger Weise verpfänden. l. 11. §. 7. D. eod. l. 1. u. 8. C. h. t. (VIII. 16.)

k) Dieß ist z. B. bey Tutoren und Curatoren der Fall. l. 1. §. 2. u. 4. u. l. 2. D. de reb. eor., qui sub tutel. (XXVII. 9.) l. 5. C. de praed. minor. (V. 71.) l. 3. u. 7. C. h. t. (VIII. 16.)

l) l. 2. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 4. §. 3. in f. D. de in diem addict. (XVIII. 2.) l. 2. 4. u. 6. C. h. t. (VIII. 16.) — Eine eigne Ausnahme dieser Regel kommt in der Nov. 115. c. 3. §. 13. in f. vor. — Uebrigens finden auch bey einer ungültigen Verpfändung fremder Sachen doch unter den Contrahenten selbst die aus dem Pfandvertrag entspringenden obligatorischen Verhältnisse Statt. l. 9. §. 4. l. 16. §. 1. u. l. 22. §. 2. D. de pignorat. act. l. 3. §. 4. C. commun. de legat. (VI. 43.) l. 6. C. h. t. (VIII. 16.)

m) l. 20. pr. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) Dieß kann auch stillschweigends geschehen, l. 26. §. 1. D. h. t. und einer stillschweigenden Einwilligung gilt es gleich, wenn der Eigenthümer um die Verpfändung seiner Sache weiß, und in betrügerischer Absicht gegen den Gläubiger dazu schweigt. l. 2. C. h. t. (VIII. 16.)

n) l. 20. pr. D. cit. l. 7. C. h. t. (VIII. 16.) Auch eine solche Genehmigung kann stillschweigends erfolgen, l. 5. §. 2. D. in quib. caus. pign. (XX. 2.), und wird in jedem Falle hinsichtlich ihrer Wirkung auf die Zeit der Verpfändung zurückbezogen. l. 16. §. 1. D. h. t.

o) l. 16. §. 7. D. h. t. l. 7. §. 1. D. qui potior. in pign. (XX. 4.)

p) l. 7. §. 1. D. cit. u. l. 3. §. 1. D. eod. Der Grund davon ist, weil in dergleichen Fällen der Erwerb der Sache lediglich von der Willkühr des Verpfänders abhängt, nun aber eine solche Bedingung, deren Erfüllung nicht ohne den Willen des Verpfänders möglich ist, in ihren Wirkungen nicht auf die Zeit der Pfandbestellung zurückbezogen wird. l. 9. §. 1. u. l. 11. §. 2. D. eod. Doch glaubt Sint. i. a. W. S. 86. fgg. u. 385., daß nach der l. 3. §. 1. D. cit. in dem Falle, wenn dem Verpfänder schon zur Zeit der Verpfändung eine Forderung auf die Sache zugestanden habe (res debita), nach dem Erwerb derselben der Anfang des Pfandrechts auf die Zeit seiner Bestellung zurückbezogen werde. S. dagegen Hepp in Roßhirt's Zeitsch. B. 1. H. 3. S. 348. fgg.

q) l. 41. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 5. C. h. t. (VIII. 16.) Wußte jedoch der Gläubiger, daß die ihm verpfändete Sache eine fremde sey, so kommt ihm, auch nachdem der Schuldner das Eigenthum daran erworben hat, doch keine utilis actio, sondern nur im Fall des erlangten Besitzes ein Retentionsrecht zu, es müßte denn der Schuldner schon zur Zeit der Verpfändung ein Forderungsrecht auf die Sache gehabt haben. l. 1. pr. D. h. t. — Daß übrigens die hier in Frage stehende utilis actio dem Pfandgläubiger nur so lange zukomme, als die verpfändete

Sache im Vermögen des Schuldners verbleibe, wie Meyer im Arch. f. d. Civil. Prax. B. 9. S. 256. fgg., Mühlenbruch im Lehrb. d. Pand. Rechts §. 308. Note 9) u. Sint. i. a. W. S. 87. u. 90. annehmen, läßt ſich aus der dafür angef. l. 9. §. 3. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) wohl ſchwerlich ableiten; richtiger ſcheint dieſe Stelle von Hepp a. a. O. (ſ. Note p)) S. 374. erklärt zu werden.

r) l. 22. D. h. t. (Modestinus) „Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres exstitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed *utilis pignoraticia dabitur creditori.*“ Eine andere Meinung hat Paulus in der l. 41. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) Doch wollen Manche einen Widerſpruch zwiſchen dieſen beyden Stellen nicht anerkennen, und überhaupt ſind die Anſichten über das Verhältniß derſelben zu einander ſehr verſchieden. Vgl. z. B. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 14. S. 32—40. u. die bey Mühlenbruch im Lehrb. d. Pand. Rechts §. 308. Note 11) angef. Schriftſteller, ingleichen Sint. i. a. W. S. 91—95.

s) l. 1. §. 1. D. de except. rei vend. (XXI. 3.) l. 14. C. de rei vindic. (III. 32.) l. 3. C. de reb. alien. non alienand. (IV. 51.) l. 14. C. de evict. (VIII. 45.)

t) l. 38. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) „Pupillo capienti pignus propter metum pignoraticiae actionis necessaria est tutoris auctoritas.“

u) l. 11. §. 6. D. eod. Ueber die entgegen zu ſtehen ſcheinende l. 21. pr. D. h. t. ſ. Mühlenbruch's Ceſſion der Ford. S. 108. Note 222., Büchel's Civilrechtl. Erört. Bd. 1. Nr. II. (Ueber die Natur des Pfandrechts,) S. 69. fgg. u. Sint. i. a. W. S. 224. Note 1).

v) l. 2. C. per quas pers. nob. acquir. (IV. 27.)

x) Ueber die Pfandbeſtellung für künftige Forderungen ſ. §. 205. Note f—i).

y) l. 1. pr. u. l. 11. pr. D. qui potior. in pign. (XX. 4.)

z) l. 1. pr. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) „Pignus contrahitur non solum traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est.“ — l. 12. §. 10. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) „. . . . . nam et in pignore placet, si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiorem esse priorem.“ l. 2. C. quae res pign. oblig. poss. (VIII. 17.)

aa) l. 1. §. 1. D. de pignorat. act. „Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an, si quis aurum ostenderit quasi pignori daturus, et aes dederit, obligaverit aurum pignori? Et consequens est, ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserunt.“ Vgl. Büchel a. a. O. S. 17. fgg.

bb) l. 13. §. 5. D. h. t.

cc) arg. l. 9. §. 1. u. 2. u. l. 11. §. 1. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) Vgl. Sint. i. a. W. §. 42.

dd) S. §. 209. Note u) u. v). — Vgl. auch Glück's Erläut. d. Pand. Th. 18. S. 187. fgg., Hepp Diss. Ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat? (Lips. 1825.) §. 18. u. im Arch. f. d. Civil. Prax. B. 10. S. 264. — A. M. ist Sint. i. a. W. §. 29.

§. 211.

B) Nothwendiges Pfandrecht: α) Vermöge obrigkeitlicher Verfügung.

C. de praetorio pignore, et ut in actionibus debitorum missio praetorii pignoris procedat. (VIII. 22.) u. si in causa judicati pignus captum sit. (VIII. 23.)

Durch obrigkeitliche Verfügung kann ein Pfandrecht auf doppelte Weise entstehen, nämlich: 1) durch die *missio in bona* oder *in possessionem* (über deren Begriff und verschiedene Fälle vgl. §. 95. Nr. 5.) [a]). Ein auf diese Art begründetes Pfandrecht heißt *praetorium pignus* (n. a. u.) [b]), weil es aus dem prätorischen Edict seinen Ursprung hat [c]). Der Anfang desselben tritt immer erst mit der wirklichen Besitzergreifung, nicht also schon mit dem ihr vorausgegangenen obrigkeitlichen Decret, ein [d]). Ob ein solches Pfandrecht dem Gläubiger eine dingliche Klage zur Wiedererlangung des verlornen Pfandbesitzes gewähre? war im ältern Rechte zweifelhaft, bis Justinian diese Frage bejahend entschied [e]). — 2) Durch *pignoris capio* (s. a. u., Auspfändung), welche in der von der Obrigkeit verfügten Beschlagnehmung gewisser Sachen besteht. Sie findet theils als Zwangsmittel oder zur Strafe gegen einen Ungehorsamen Statt [f]), theils auch, vermöge eines Rescripts von Antoninus Pius, als Executionsmittel gegen einen der Schuld geständigen oder rechtskräftig verurtheilten Schuldner, wenn er binnen der ihm noch gestatteten Frist keine Zahlung leistet [g]). Das im letztern Fall begründete Pfandrecht heißt *pignus in* (od. *ex*) *causa judicati captum*, (od. auch *in caus. jud. pign. capt.*, od. *rei judicatae pign. capt.* [h]), bey den Neuern gewöhnlich

pignus judiciale,) und beginnt in jedem Falle erſt mit der Thatſache der wirklichen Hülfsvollſtreckung [i]). — Uebrigens kann durch obrigkeitliche Verfügung der einen oder andern Art auch an ſolchen Sachen, welche freywillig in der Regel nicht verpfändet werden können, ein Pfandrecht begründet werden [k]).

a) l. 26. pr. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 3. §. 1. D. de reb. eor., qui sub tutel. (XXVII. 9.)

b) l. 12. D. pro emt. (XLI. 4.) l. 1. u. 2. C. h. t. (VIII. 22.) Vgl. Sint. i. a. W. §. 37.

c) Cic. pro Quinct. c. 27. l. 3. C. ut in possess. legat. (VI. 54.) — Doch werden im ſpätern Röm. Recht, ſtatt des Prätors, judices als ſolche erwähnt, unter deren Auctorität das prätoriſche Pfandrecht begründet werde. l. 1. u. 2. C. h. t. (VIII. 22.)

d) l. 26. §. 1. D. de pignorat. act. (XIII. 7.)

e) l. 2. C. h. t. (VIII. 22.) Anders erklärt dieſe Stelle von Buchholtz in der Allg. Lit. Zeit. von 1836. (Decemb.) S. 447.

f) Cic. Philipp. I. c. 5. u. de orat. III. c. 1. Liv. III. c. 38. — §. 3. I. de satisdat. tut. (I. 24.) l. 1. §. 3. D. de inspic. ventr. (XXV. 4.) l. 9. §. ult. D. ad leg. Jul. pecul. (XLVIII. 13.) — Das den Aedilen zuſtändige Auspfändungsrecht wurde durch ein Senatusconſult unter Nero beſchränkt. Tacit. Ann. XIII. 28.

g) l. 31. D. de re judic. (XLII. 1.) — Vgl. Sint. i. a. W. §. 38.

h) l. 40. D. eod. l. 9. pr. D. de minor. (IV. 4.) l. 10. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) l. 74. §. 1. D. de evict. (XXI. 2.) l. 2. u. 3. C. h. t. (VIII. 23.) In der l. 1. C. eod. wird ein ſolches Pfandrecht mit einem vertragsmäßigen gewiſſermaaßen verglichen: „. . . . . Nam in vicem justae obligationis succedit ex causa contractus auctoritas jubentis.“

i) arg. l. 26. §. 1. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 61. D. de re judic. (XLII. 1.)

k) l. 3. §. 1. D. de reb. eor., qui sub tutel. (XXVII. 9.) Doch gilt dieß freylich nicht von allen Sachen. l. 7. u. 8. C. quae res pign. oblig. poss. (VIII. 17.)

Erinnerung. Von der noch im neuern Röm. Rechte vorkommenden pignoris capio iſt diejenige zu unterſcheiden, welche zu den alten legis actiones gehörte (Gaj. IV. §. 12. u. §. 26—29.), und erſt in der Lehre vom alten Röm. Proceſſe erörtert werden kann.

§. 212.

β) Unmittelbar nach Rechtsbestimmungen: αα) Specielle stillschweigende Hypotheken.

D. (XX. 2.) C. (VIII. 15.) in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.

Unter den stillschweigenden Hypotheken (§. 208. Note d) u. e)) giebt es theils solche, welche sich nur auf einzelne Sachen oder bestimmte Vermögenstheile beziehen, theils solche, welche sich über das ganze Vermögen des Schuldners erstrecken. Stillschweigende Hypotheken der erstern Art, welche großentheils ältern Ursprungs sind, als die der letztern Art, kommen folgenden Personen zu: 1) Dem Verpachter eines zur Fruchterzeugung geeigneten Grundstücks (praed. rusticum), wegen der aus dem Pachtcontracte entspringenden Forderungen, an den Früchten dieses Grundstücks von der Zeit ihrer durch den Pachter selbst, oder auch einen Afterpachter geschehenen Perception an [a]). 2) Dem Vermiether eines nicht zur Fruchterzeugung bestimmten Grundstücks (urbanum praed.), wegen seiner aus dem Miethcontracte entstehenden Forderungen, an den Sachen, welche der Miethsmann in das gemiethete Grundstück, um sie dort nach dem Zweck der Miethe zu haben und zu gebrauchen, eingebracht hat (*invecta et illata* [auch ohne *et*], od. *invecta* schlechthin, od. *invectae res et illatae*, od. *illata vel inducta* [a. u.], od. *inducta illata*) [b]). Bey einer Aftermiethe geht dieses Pfandrecht auch auf die vom Aftermiethsmann eingebrachten Sachen [c]), soweit dessen Verbindlichkeiten aus der Aftermiethe reichen [d]), und nimmt in jedem Falle erst mit dem Zeitpunct der Illation jener Sachen seinen Anfang [e]), gleichviel, ob der Vermiether von den eingebrachten Sachen Etwas weiß, oder nicht [f]). Uebrigens fand dieses Pfandrecht ursprünglich nur in Rom und dessen Umgebungen Statt, wurde aber in der Folge auch auf die andere Hauptstadt und deren Umgebungen angewendet, und endlich von Justinian auf alle Provinzen erstreckt [g]). 3) Nach einem unter M. Aurel Antonin

errichteten Senatusconsult demjenigen, welcher zur Wiederherstellung eines Gebäudes dem Eigenthümer, oder auf dessen Anweisung dem Baumeister, baares Geld geliehen hat, an diesem Gebäude und dem Grund und Boden desselben (pignus insulae) [h]). Der Anfang dieses Pfandrechts ist wohl erst mit der erfolgten Wiederherstellung des Gebäudes anzunehmen [i]). 4) Unmündigen an den für ihr Geld von einem Andern in eigenem Namen erkauften Sachen [k]). 5) Nach einer Verordnung Justinian's der Ehefrau an ihren noch vorhandenen Dotalsachen, so lange sie dieselben noch nicht zurückerhalten hat [l]), ingleichen an den mit Dotalgelde erkauften Sachen [m]). 6) Ebenfalls nach Justinian's Verordnung den Vermächtnißnehmern wegen ihrer Vermächtnisse an dem, was der damit Belastete vom Testator bekommen hat, und wenn Mehrern die Auszahlung eines Vermächtnisses auferlegt ist, an der Erbportion eines Jeden nach Verhältniß des von ihm zu leistenden Antheils [n]). Der Anfang dieses Pfandrechts tritt mit der Erwerbung des Vermächtnisses ein [o]).

a) l. 7. pr. D. h. t. l. 24. §. 1. u. l. 53. D. locat. (XIX. 2.) Vgl. Sint. i. a. W. S. 295—297., u. S. 375. — Daß in der l. 61. §. 8. D. de furt. (XLVII. 2.) eine ausdrückliche Verpfändung der Früchte für den Pachtzins erwähnt wird, ist wohl daraus zu erklären, daß eine solche in ältern Zeiten bey den Römern allerdings sehr gewöhnlich war, (wie auch in der l. cit. angedeutet wird,) bis sich aus der öftern Wiederholung derselben allmählich die Annahme bildete, daß eine solche Verpfändung sich schon von selbst verstehe. arg. l. 4. pr. D. de pact. (II. 14.) Keineswegs aber erstreckt sich die stillschweigende Hypothek des Verpachters eines rusticum praed. auch auf die vom Pachter in das erpachtete Grundstück eingebrachten Sachen, wie Manche gegen die ausdrückliche Bestimmung der l. 4. pr. in f. D. h. t. aus der l. 5. C. de locat. (IV. 65.) haben ableiten wollen. Ueber diese Stelle s. Seuffert's Erört. ꝛc. Abth. 2. S. 106. fgg., u. Sint. i. a. W. S. 296. Note 3).

b) l. 4. pr. D. de pact. (II. 14.) l. 2. 3. 4. 6. u. l. 7. §. 1. D. h. t. Vgl. Sint. i. a. W. S. 291—295., und über den Begriff und Umfang der *invecta illata* Glück's Erläut. d. Pand. Th. 18. S. 415—418.

c) Nicht aber auch auf die Sachen, welche von demjenigen, dem der Miethsmann unentgeltlich eine Wohnung eingeräumt hat, eingebracht worden sind. l. 5. pr. D. h. t.

d) l. 11. §. 5. de pignorat. act. (XIII. 7.) Ueber diese Stelle s. Müh-

lenbruch's Cession der Ford. S. 320. fgg., u. über den in derselben vorkommenden Ausdruck: *frivola* (Hausrath) s. van Bynkershoek Obs. jur. Rom. VI. 25. p. 179.

e) l. 11. §. 2. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) Vgl. Sint. i. a. W. S. 374.

f) l. 5. C. de locat. (IV. 65.)

g) l. 7. C. h. t.

h) l. 1. D. h. t. — l. 21. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 16. §. 2. u. l. 29. §. 2. D. de pignor. (XX. 1.) Vgl. Sint. i. a. W. S. 298—303., und über die hierher gehörige Bedeutung von *insula* Glück's Erläut. d. Pand. Th. 19. S. 19. fgg.

i) Vgl. Hepp im Arch. f. d. Civil. Prax. B. 10. S. 274—276., u. Sint. i. a. W. S. 375. fgg.

k) l. 7. pr. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) l. 3. pr. D. de reb. eor., qui sub tutel. (XXVII. 9.) l. 6. C. de servo pign. dat. (VII. 8.) — Minderjährigen kann dieses Pfandrecht nach der richtigern Meinung nicht zugestanden werden. Vgl. v. Löhr im Magaz. für Rechtsw. B. 4. S. 140. fgg., und v. Buchholtz Versuche S. 203. fgg.; doch sind sie eben so, wie die Unmündigen, in dem Falle, wenn für ihr Geld sich ihr Vormund in eignem Namen Sachen angeschafft hat, dieselben durch eine *utilis* in rem actio od. vindicatio (Zusatz 2. zum §. 175.) in Anspruch zu nehmen befugt. l. 2. D. quando ex facto tut. (XXVI. 9.) l. 3. C. arbit. tutel. (V. 51.) Vgl. übrigens Sint. i. a. W. S. 303. fgg.

l) l. 30. C. de jure dot. (V. 12.) Vgl. v. Buchholtz a. a. O. S. 208. fgg. — Auf alle, welche die dos nach aufgehobener Ehe zurückzufordern berechtigt sind, wollen diese Hypothek ausgedehnt wissen Fritz in d. Erläut. zu Wening-Ing. H. 2. S. 450. u. Sint. i. a. W. S. 309.

m) Dieß folgt daraus, weil dergleichen Sachen in der l. 54. D. de jure dot. (XXIII. 3.) den Dotalsachen gleichgestellt werden. Ein gleiches Pfandrecht will Sint. i. a. W. S. 305. unt. C. auch den Kindern erster Ehe an dem einräumen, was für Gelder, die zu den sog. lucra nuptialia gehören, erkauft worden ist; doch fehlt es dazu an gesetzlichen Bestimmungen.

n) l. 1. C. commun. de legat. (VI. 43.) Nov. 108. c. 2. Vgl. Sint. i. a. W. S. 305. fgg.

o) Vgl. Hepp a. a. O. S. 276—280., u. Sint. i. a. W. S. 376. fgg.

Zusatz. Nach einem Rescript der Kaiser Antoninus und Verus sollen Grundsteuern auf den steuerpflichtigen Grundstücken dermaaßen haften, daß jeder Besitzer derselben auch die Steuerreste der vergangenen Zeit mit übernehmen und abtragen muß. l. 7. pr. D. de publican. (XXXIX. 4.) l. 36. D. de jure fisc. (XLIX. 14.) Diese Reallast ist

allerdings mit einem auf dem steuerpflichtigen Grundstück haftenden Pfandrecht vergleichbar, wie denn auch in der l. 5. §. 2. D. de cens. (L. 15.) der Ausdruck: *jus pignoris*, in dieser Beziehung vorkommt. — In frühern Zeiten wurde dem Staate oder Volke durch Bürgen und Grundstücke (praedibus et praediis [od. praediisque], welchen Ausdruck Schweppe in d. Röm. Rechtsgesch. §. 286. wohl nicht richtig durch „Bürgen, welche Grundstücke mittelst fiducia verpfändeten," erklärt,) Sicherheit geleistet. Cic. in Verr. I. c. 54. u. 55. Varro de L. L. IV. 4. Fest. v. *manceps* u. Paul. Diac. v. *praes.* Die verpfändeten Grundstücke wurden alsdann, bey nicht erfolgter Zahlung, an praediatores verkauft. Gaj. II. §. 61. Vgl. §. 169. Note r).

§. 213.

ββ) Generelle stillschweigende Hypotheken.

Solche stillschweigende Hypotheken, welche sich über das ganze Vermögen des Schuldners erstrecken, kommen folgenden (juristischen oder physischen) Personen zu: 1) Dem fiscus, wo nicht früher, doch wenigstens seit Antoninus Caracalla, und zwar nicht blos wegen Steuern und Abgaben [a]), von dem Zeitpunct an, wo die bestimmte Steuerpflichtigkeit für den Schuldner entstand [b]), sondern auch wegen seiner vertragsmäßigen Forderungen am Vermögen der Contractschuldner von der Zeit des abgeschlossenen Vertrags an [c]), mithin auch am Vermögen seiner Verwalter wegen der aus der Verwaltung entspringenden Forderungen, vom Anfang des dienstcontractlichen Verhältnisses an [d]). Wegen der fiscalischen Forderungen gegen einen *primipilus*, d. h. einen solchen Beamten, welchem die Beytreibung der Naturallieferungen an Proviant zum Unterhalt der Kriegsheere, und die Sorge für deren Einlieferung in die dazu errichteten Grenzmagazine oblag [e]), ist sogar das Heyrathsgut seiner Ehefrau äußersten Falls, d. h. wenn das Vermögen sowohl des primipilus selbst, als auch derer, die ihn zur Wahl präsentirt hatten (nominatores), erschöpft ist, dem fiscus vermöge stillschweigender Hypothek verhaftet [f]). 2) Den Unmündigen und Minderjährigen am Vermögen ihrer Tutoren und Curatoren, wegen der aus der Vormundschaft erwachsenden

Forderungen, von der Zeit an, wo sie übernommen worden ist oder hätte übernommen werden sollen [g]). Die erste sichere Spur von dieser stillschweigenden Hypothek findet sich unter Constantin d. G. [h]). Nach spätern kaiserlichen Verordnungen kommt den Unmündigen in dem Falle, wenn ihre Mutter die Vormundschaft geführt, und vor völlig berichtigter Vormundschaftsrechnung sich wieder verheyrathet hat, auch am Vermögen des Stiefvaters eine (wohl von der Zeit seiner Verheyrathung an zu rechnende) stillschweigende Hypothek zu [i]). Endlich verlieh Justinian, nach dem Beyspiel der Minderjährigen, auch den Wahnsinnigen eine stillschweigende Hypothek am Vermögen ihrer Curatoren [k]). 3) Den Kindern, und zwar α) am Vermögen ihrer Mutter oder ihres Vaters, nicht blos zur Sicherung ihres Anspruchs auf diejenigen sog. lucra nuptialia, deren Proprietät in Folge einer anderweiten Verheyrathung ihres Adscendenten auf sie übergeht [l]), von dem Zeitpunct an, wo diese Güter an den sich wieder verheyrathenden Adscendenten gekommen sind [m]), sondern auch zu ihrer Sicherstellung wegen derjenigen lucra nuptialia, deren Proprietät ihnen nach Justinian's Verordnung sogleich bey Auflösung der Ehe ihrer Eltern zufällt [n]), vom Zeitpunct der aufgelößten Ehe an [o]); β) am Vermögen ihres Vaters, wegen des von ihrer Mutter oder von mütterlichen Adscendenten herrührenden, und unter des Vaters Verwaltung stehenden Vermögens [p]), von der Zeit an, wo die Verwaltung desselben dem Vater kraft der väterlichen Gewalt zukam [q]). 4) Dem Ehemanne und überhaupt dem zur Forderung einer dos Berechtigten, wegen der ihm zu leistenden, oder nach erlittener Eviction zu erneuernden dos, am Vermögen dessen, dem die Verbindlichkeit dazu obliegt [r]), vom Zeitpunct des dießfalls gegebenen Versprechens, oder sonst von der Vollziehung der Ehe an [s]). 5) Der Ehefrau, dafern sie eine rechtgläubige Christin ist [t]), (ingleichen deren Erben oder Vater,) wegen der dereinstigen Zurückgabe der dos, am Vermögen des Ehemannes (mit Inbegriff der Dotalsachen selbst) [u]), oder auch des Schwiegervaters, wenn diesem jene Restitutionsverbindlichkeit obliegt [v]), vom Zeitpuncte der Bestellung der dos, d. h. der Einbringung derselben oder des vorausgegangenen

Verſprechens an[x]); ferner zur Sicherung ihrer Paraphernen, ſofern dieſe in Capitalien beſtehen, die der Mann in Gemäßheit der Eheſtiftung erhoben hat, und der Frau nicht deßhalb eine ausdrückliche Hypothek beſtellt worden iſt, am Vermögen deſſelben von Zeit der Erhebung jener Gelder an[y]); endlich auch zur Sicherung der ihr beſtellten propter nuptias donatio, von Zeit der Beſtellung an, ebenfalls am Vermögen des Mannes[z]). 6) Demjenigen, welcher einem überlebenden Ehegatten das ihm unter der Bedingung, nicht wieder zu heyrathen, vom verſtorbenen Ehegatten oder auch von einem Dritten hinterlaſſene Vermächtniß auf den Fall, wenn jener Bedingung entgegengehandelt wird, wieder abfordern kann, zur Sicherung ſeines dießfallſigen Anſpruchs, am Vermögen des Wittwers oder der Wittwe, von der Zeit der Empfangnahme des Vermächtniſſes an[aa]). 7) Der Kirche oder einer zum Beſten der Armen errichteten Stiftung, am Vermögen ihres Emphyteuta und der Nachfolger deſſelben, wegen ihrer durch eine Verſchlechterung des emphyteutiſchen Grundſtücks begründeten Forderung auf Wiederherſtellung des vorigen Zuſtandes[bb]), von der Zeit der eingetretenen Verſchlechterung an[cc]). — Die von Nr. 3. unter *β*) an erwähnten ſtillſchweigenden Hypotheken ſind ſämmtlich erſt von Juſtinian eingeführt worden.

a) l. 1. C. h. t. l. 1. in f. C. si propt. publ. pensitat. (IV. 46.) Beyde Conſtitutionen ſind Reſcripte von Antoninus Carac.

b) Vgl. v. Schröter in der Zeitſch. f. Civilr. und Proz. B. 1. H. 2. S. 339. fgg. — A. M. iſt Sint. i. a. W. S. 378.

c) l. 2. C. h. t. l. 2. u. 3. C. de privil. fisc. (VII. 73.) (ebenfalls Reſcripte von Anton. Carac.,) l. 2. C. de serv. pign. dat. (VII. 8.) (ein Reſcript von Severus und Antoninus,) Fragm. de jure fisci §. 5. — In frühern Zeiten, und namentlich unter M. Aurel Antonin, ſcheint noch eine ausdrückliche Pfandbeſtellung nöthig geweſen zu ſeyn, wie ſich aus einem Fragment von Cerv. Scaevola, der unter jenem Kaiſer lebte, nämlich der l. 21. pr. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) abnehmen läßt. Vgl. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 19. S. 66. fgg. u. Zimmern in Deſſen u. Neuſtetel's Römiſchrechtl. Unterſ. S. 294. — Daß übrigens dieſes Pfandrecht auch wegen ſolcher Contractsforderungen Statt finde, welche zum Privatvermögen des Regenten oder ſeiner Gemahlin gehören, ergiebt ſich aus dem Zuſatz zum §. 48. z. E.

d) Dieß folgt nämlich theils daraus, daß die Uebertragung und Uebernahme einer fiscalischen Verwaltung auf einem Vertrage beruht, theils aus dem allgemeinen Ausspruch Hermogenian's in der l. 46. §. 3. D. de jure fisc. (XLIX. 14.) „*Fiscus semper habet jus pignoris.*“ Vgl. Sint. i. a. W. S. 311. fgg. — Daß indessen jener Ausspruch doch nicht in der Allgemeinheit, wie die Worte lauten, zu nehmen sey, ergiebt sich aus der l. 17. u. 37. D. eod. u. l. un. C. poen. fiscal. (X. 7.)

e) Vgl. Glück i. a. W. Th. 19. S. 73. Note 87).

f) l. 4. C. h. t. A. M. ist Glück a. a. O. S. 73. fgg.

g) l. 20. C. de administr. tut. (V. 37.) l. un. §. 1. C. de rei uxor. act. (V. 13.) Nov. 118. c. 5. in f.

h) l. 20. C. cit. Doch setzen Manche aus Rücksicht auf die l. un. C. rem alien. gerent. (IV. 53.) u. l. 17. C. de administr. tutor. (V. 37.) den Ursprung dieser stillschweigenden Hypothek in eine frühere Zeit, wohl gar bis M. Aurel Antonin, zurück. Vgl. Glück i. a. W. Th. 19. S. 140. fgg., dem auch Sint. i. a. W. S. 289. beytritt.

i) l. 2. C. quando mulier tut. off. (V. 35.) l. 6. C. h. t. Nov. 22. c. 40. Vgl. Hepp im Arch. f. d. Civil. Prax. B. 10. S. 267. fgg.

k) l. 7. §. 5. in f. u. §. 6. C. de curat. fur. (V. 70.) — Viele wollen diese stillschweigende Hypothek Allen, die unter einer cura stehen, am Vermögen ihres Curators einräumen, vgl. Glück a. a. O. S. 147 — 154., dem auch Sint. i. a. W. S. 336. fgg. beystimmt; doch ist dieß, auch abgesehen von andern Gründen, schon darum sehr bedenklich, weil stillschweigende Hypotheken auf besondern Rechtsbestimmungen beruhen, die keine Erweiterung über die ausdrücklich bestimmten Fälle gestatten. §. 21. Note h). Vgl. auch Fritz Erläut. zu Wening-Ing. H. 2. S. 430. fgg.

l) l. 6. §. 2. u. l. 8. §. 4. C. de secund. nupt. (V. 9.) In der erstern Stelle, einem Gesetz von Leo und Anthemius, ist zwar nur von dem Pfandrecht am Vermögen der sich wieder verheyrathenden Mutter die Rede; doch ist es in der zweiten Stelle von Justinian auch auf das Vermögen des zu einer anderweiten Ehe verschreitenden Vaters erstreckt worden.

m) l. 6. §. 2. C. cit. „. . . . . ex eo die, quo eaedem res ad eam pervenerint . . . . .“ Zwar scheint in der l. 8. §. 4. C. cit. erst die Eingehung der anderweiten Ehe, und in der Nov. 22. c. 24. erst die Zeit, wo der Adscendent von den sog. lucra nuptialia Etwas veräußert oder verpfändet, als der Anfangspunct der in Frage stehenden stillschweigenden Hypothek bezeichnet zu werden. S. jedoch Hepp a. a. O. S. 270. fgg.

n) Nov. 98. Vgl. Marezoll in der Zeitsch. f. Civilr. u. Proz. B. 3. H. 1. S. 84—91.

o) Vgl. Sint. i. a. W. S. 382. Nr. 3.

p) l. 8. §. 5. C. de secund. nupt. (V. 9.) l. 6. §. 4. C. de bon., quae liber. (VI. 61.) Wegen anderer Adventitien der Hauskinder findet dieſe Hypothek nicht Statt. l. 6. §. 1. u. 2. C. eod. Aber auch wegen des von der Mutter oder den mütterlichen Adſcendenten herrührenden Vermögens, inſofern es nicht zu den lucra nuptialia gehört, leugnet jene Hypothek v. Löhr im Arch. f. d. Civil. Prax. B. 9. Nr. 4. u. B. 10. Nr. 17. S. dagegen Mayer in der Tüb. Krit. Zeitſch. B. 2. H. 1. S. 110. fgg., Fritz a. a. O. S. 433. fgg. u. Sint. i. a. W. S. 329. fgg.

q) l. 6. §. 4. C. cit.

r) l. un. §. 1. C. de rei uxor. act. (V. 13.) Vgl. Sint. i. a. W. S. 313. fgg.

s) Vgl. Sint. i. a. W. S. 378. fgg.

t) Nov. 109. c. 1. u. 2.

u) l. 30. C. de jure dot. (V. 12.) l. un. §. 1. u. 13. C. de rei uxor. act. (V. 13.) Ueber verſchiedene, auf dieſe Hypothek bezügliche Controverſen ſ. Sint. i. a. W. S. 316—324.

v) l. un. §. 1. C. cit. „. . . . . sive ipsae principales personae dotes dederint vel promiserint, vel *susceperint, sive aliae pro his personae* . . . . .“ — l. 22. §. 12. D. solut. matrim. (XXIV. 3.) l. 10. C. eod. (V. 18.)

x) arg. l. 1. pr. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) Vgl. Sint. i. a. W. S. 380. fgg.

y) l. 11. C. de pact. convent. (V. 14.)

z) l. 29. C. de jure dot. (V. 12.) l. 12. §. 2. C. qui potior. in pign. (VIII. 18.) Nov. 109. c. 1.

aa) Nov. 22. c. 44. §. 2. 3. 8. u. 9. Vgl. Vermehren im Arch. f. d. Civil. Prax. B. 13. S. 37—42. — Die Exiſtenz dieſer Hypothek beſtreitet Marezoll im Magaz. für Rechtsw. B. 4. S. 215. fgg. S. dagegen Mayer a. a. O. S. 115—118. u. Kämmerer in der Zeitſch. für Civilr. u. Proz. B. 6. Nr. 7. (worauf Marezoll ebendaſ. Nr. 8. geantwortet hat.)

bb) Nov. 7. c. 3. §. 2.

cc) Vgl. Hepp a. a. O. S. 272. fgg.

Drittes Capitel.

Von den Wirkungen des Pfandrechts.

§. 214.

Rechte des Verpfänders oder Pfandschuldners [a]).

Von den Rechten des Pfandgläubigers, in denen hauptsächlich die Wirkung des Pfandrechts besteht (§. 215. fgg.), sind diejenigen Rechte zu unterscheiden, welche dem Verpfänder oder Pfandschuldner auch nach der Begründung eines Pfandrechts an seiner Sache verbleiben [b]). Dieser behält nämlich nach wie vor, d. h. bis das Pfand ordnungsmäßig verkauft oder dem Gläubiger eigenthümlich zugeschlagen worden ist (§. 217. Note s, x, z u. cc)), das Eigenthum an der verpfändeten Sache [c]). Hieraus folgt: 1) daß ihm der Gebrauch und Fruchtgenuß derselben verbleibt [d]), dafern nicht dieß Recht aus einem besondern Grunde auf den Gläubiger übergegangen ist (§. 215. Note h u. p — s)). 2) Daß aller zufällige Gewinn und Verlust der verpfändeten Sache auf Rechnung des Pfandeigenthümers geht [e]). 3) Daß er sie mit Servituten, sofern nur dadurch dem Rechte des Gläubigers kein Eintrag geschieht, beschweren [f]), und anderweit verpfänden kann [g]). 4) Daß, dafern nicht das Gegentheil ausdrücklich verabredet ist [h]), die Sache von ihm auch gänzlich veräußert werden darf [i]), jedoch, wenn es ohne Bewilligung des Gläubigers geschieht, nur mit dem darauf haftenden Pfandrecht (cum sua causa) [k]). Wenn er indessen eine speciell verpfändete bewegliche Sache ohne Wissen und Willen des Gläubigers veräußert, so macht er sich eines Diebstahls, obschon an seiner eigenen Sache, schuldig [l]), ohne daß jedoch dadurch der Uebergang des Eigenthums auf den Empfänger verhindert wird [m]). Dagegen ist die ohne Bewilligung des Gläubigers erfolgende Freylassung eines speciell verpfändeten Sclaven eben so wirkungslos [n]), wie jede andere in betrügerischer Absicht gegen den Gläubiger vorgenommene, oder mit dem Rechte desselben unvereinbare Verfügung über die Sache [o]). 5) Daß er auch auf den

Todesfall über die verpfändete Sache disponiren kann [p]). 6) Daß ihm die Vindication derselben zusteht, selbst gegen den Gläubiger, wenn dieser sich bey einer bloßen Hypothek den Besitz widerrechtlich anmaaßt, oder auch nach seiner vollständigen Befriedigung noch im Besitze des Pfandes verbleibt [q]).

a) Die Zusammenstellung dieser beyden Ausdrücke ist um deßwillen nothwendig, weil der Ausdruck: Verpfänder, nur auf den Fall des freywilligen, nicht aber auch auf den des nothwendigen Pfandrechts paßt, und wiederum der Ausdruck: Pfandschuldner, auf den Fall, wenn man für eine fremde Schuld ein Pfand bestellt, keine Anwendung leidet.

b) Von den mit dem Pfandrechte, als einem dinglichen Rechte, verbundenen Rechtsverhältnissen, wovon hier die Rede ist, sind die aus dem Pfandcontracte entspringenden persönlichen Verhältnisse der Interessenten zu unterscheiden. Diese können erst im Obligationenrecht erörtert werden.

c) l. 12. pr. in f. D. de distract. pign. (XX. 5.) l. 35. §. 1. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 9. C. eod. (IV. 24.) Anders war es freylich bey der ehemaligen Form der Pfandbestellung durch mancipatio oder in jure cessio fiduciae causa. Vgl. §. 209. Note b). — Hat der Verpfänder zur Zeit der Pfandbestellung zwar noch nicht das Eigenthum der Sache erworben, aber doch die Ersitzung derselben angefangen, so kann er diese, auch wenn der Gläubiger sich im Besitz des Pfandes befindet, dennoch fortsetzen und vollenden, dafern nur nicht der Letztere den Besitz auf einen Andern übertragen hat. l. 16. u. l. 33. §. 4. D. de usurpat. (XLI. 3.) Vgl. §. 136. Note y).

d) l. 1. u. 3. C. de pignorat. act. (IV. 24.)

e) l. 9. C. eod. l. 21. §. 2. D. de pignor. (XX. 1.)

f) l. 205. D. de regul. jur. (L. 17.) u. arg. l. 15. C. de pignor. (VIII. 14.) Vgl. Sint. i. a. W. S. 543. fgg.

g) Wer jedoch bey der anderweiten Verpfändung seiner Sache dem nachfolgenden Gläubiger nicht anzeigt, daß die Sache schon verpfändet sey, der begeht das Verbrechen des stellionatus, es müßte denn der Werth der Sache so weit reichen, daß dadurch auch der nachfolgende Gläubiger hinlänglich gesichert wäre. l. 36. §. 1. D. de pignor. act. (XIII. 7.) l. 15. §. 2. D. de pignor. (XX. 1.) l. 3. §. 1. D. stellionat. (XLVII. 20.) l. 1. u. 4. C. de crim. stellion. (IX. 34.) — Uebrigens glauben Müller im Arch. f. d. Civil. Prax. B. 11. S. 388. fgg. u. 408. fgg. und v. Löhr ebendas. B. 14. S. 168. fgg., hauptsächlich auf Veranlassung der (schon im §. 210. Note q) angef., aber nur von der Verpfändung einer fremden Sache handelnden) l. 9. §. 3. D. qui potior. in pign. (XX. 4.), daß im alten Rechte eine zweite Verpfändung nur als eine be-

dingte betrachtet worden, die erst bey'm Ende des ersten Pfandrechts, wenn alsdann die Sache noch im Vermögen des Verpfänders gewesen sey, ihre Wirksamkeit geäußert habe, — eine Vorstellung, die Manche auch auf das neuere Röm. Recht haben angewendet wissen wollen. S. dagegen Hepp in d. Allg. Lit. Zeit. 1832. (April) S. 97. fgg. u. Sint. i. a. W. S. 650. fgg.

h) l. 7. §. 2. D. de distract. pign. (XX. 5.) Vgl. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 16. S. 57. fgg.

i) l. 205. D. de regul. jur. (L. 17.) l. 12. C. de distract. pign. (VIII. 28.) Nov. 112. c. 1. — Auch die fiducia konnte ehedem der Schuldner, obgleich sie im temporären Eigenthum des Gläubigers war, doch an Andere verkaufen; nur mußte er durch den Kaufpreis den Gläubiger befriedigen, um von selbigem die solenne Rückgabe der Sache verlangen, und sie dann dem Käufer übergeben zu können. Paul. II. 13. §. 3.

k) l. 18. §. 2. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 15. C. de pignor. (VIII. 14.) l. 10. C. de remiss. pign. (VIII. 26.) l. 12. C. de distract. pign. (VIII. 28.) l. 4. C. de evict. (VIII. 45.) — Doch kommt eine Ausnahme hiervon bey den aus einem verpfändeten Waarenlager verkauften Sachen vor. Vgl. §. 207. Note o).

l) l. 19. §. 6. u. l. 66. pr. D. de furt. (XLVII. 2.) — §. 10. I. de obligat., quae ex delict. (IV. 1.)

m) l. 36. D. de noxal. act. (IX. 4.) Vgl. Sint. i. a. W. S. 543.

n) l. 3. D. de manumiss. (XL. 1.) l. 4. u. l. 27. §. 1. D. qui et a quib. manumiss. (XL. 9.) l. 3. u. 4. C. de serv. pign. dat. (VII. 8.)

o) l. 21. D. quae in fraud. creditor. (XLII. 8.) l. 2. §. 9. u. l. 3. D. de religios. (XI. 7.) l. 15. C. de pignor. (VIII. 14.)

p) §. 5. I. de legat. (II. 20.) l. 57. D. de legat. I. (XXX.) l. 6. C. de fideicommis. (VI. 42.)

q) l. 40. pr. D. de pignor. act. (XIII. 7.) l. 205. D. de regul. jur. (L. 17.) l. 9. C. de pignor. (VIII. 14.) Vgl. Glück i. a. W. Th. 18. S. 180.

§. 215.

Rechte des Pfandgläubigers.

Das hauptsächlichste Recht des Pfandgläubigers, welches sich aus dem Zwecke des Pfandrechts ergiebt, und ihm daher, wenigstens nach der zur Zeit der spätern Digestenschriftsteller

herrschend gewordenen Meinung, schon von selbst zukommt, (§. 209. Note n)), besteht in der Befugniß, das Pfand auf den Fall, daß er nicht zur gehörigen Zeit vom Schuldner vollständig befriedigt wird, zu verkaufen, um sich aus den Kaufgeldern bezahlt zu machen [a]); zu welchem Behuf er auch die verpfändete Sache jedem Besitzer derselben abfordern kann [b]). Dieses Veräußerungsrecht kann zwar durch Vertrag oder Testament an gewisse Bestimmungen gebunden [c]), aber keineswegs dem Pfandgläubiger ganz entzogen werden [d]). Auf der andern Seite kann er aber auch nicht genöthiget werden, daß er selbst den Verkauf des Pfandes bewerkstellige, wenn sich auch eine vortheilhafte Gelegenheit dazu darbieten sollte [e]). Ferner ist er befugt, die ihm verpfändete Sache anderweit zu verpfänden, (worauf sich der Begriff des sog. subpignus oder Afterpfands bezieht) [f]). — Im Uebrigen gestaltet sich das Rechtsverhältniß des Pfandgläubigers verschieden nach der Verschiedenheit theils der Art des Pfandrechts, theils der Gegenstände desselben. Denn bey der bloßen Hypothek erlangt er, wenigstens vom Anfange herein, keinen Besitz der verpfändeten Sache (§. 204. Note e); doch kann er sich ihn allerdings in der Folge, nachdem die Schuld fällig geworden ist und er keine Bezahlung erhalten hat, durch die aus dem Pfandrecht entspringende Klage verschaffen [g]). Mit dem prätorischen Pfandrecht ist zwar die Innehabung der Sache, in deren Besitz man eingewiesen worden ist, ingleichen das Recht zur Bewahrung und Verwaltung derselben verbunden (§. 95. Note y), nicht aber auch juristischer Besitz [h]). Dagegen erlangt bey'm freywillig bestellten Faustpfande der Gläubiger allerdings den Interdictenbesitz [i]). Auch kann er das in seinem Besitz befindliche Pfand nicht blos bis zur gänzlichen Tilgung der Schuld, wofür es bestellt war, zurückbehalten [k]), sondern dieses Retentionsrecht, nach einem Rescript Gordian's, auch wegen anderer Forderungen an denselben Schuldner, für welche das Pfandrecht nicht bestellt worden war (chirographaria pecunia), so lange ausüben, bis er auch wegen dieser befriedigt ist (jus retentionis qualificatum *), jedoch nur gegen den Verpfänder selbst oder dessen Erben, nicht aber auch gegen einen nachfolgenden Pfand-

gläubiger [l]). Iſt das Pfand fruchttragend, ſo iſt der Gläubiger zur Perception der Früchte nicht blos berechtigt, ſondern auch verpflichtet, doch ſo, daß er ſich dieſelben nicht als Gewinn aneignen darf, ſondern ſie auf ſeine Forderung, und zwar zuerſt auf die Zinſen, dann auf das Capital ſelbſt, abrechnen muß [m]). Das Nämliche gilt auch von den Dienſtleiſtungen eines verpfändeten Sclaven [n]). Ueberhaupt darf der Gläubiger das in ſeinem Beſitz befindliche Pfand nicht zu ſeinem Vortheil gebrauchen oder benutzen, widrigenfalls er ſich eines Diebſtahls (ſog. furtum usus) ſchuldig macht [o]); es müßte ihm denn das Recht dazu beſonders eingeräumt worden ſeyn. Ein ſolcher Vertrag nun, wodurch dem Gläubiger die Gegennutzung des Pfandes für die creditirte Schuldpoſt geſtattet wird, heißt ἀντίχρησις [p]), (bey den Neuern gewöhnlich pactum antichreticum,) und kann nicht blos ausdrücklich eingegangen werden [q]), ſondern auch ſtillſchweigends [r]), nämlich dadurch, daß dem Gläubiger für ein unverzinsliches Capital eine fruchttragende Sache als Pfand übergeben wird; denn in dieſem Falle iſt er befugt, die Früchte der verpfändeten Sache bis zum geſetzlichen Maas der Zinſen für ſich zu behalten [s]).

a) l. 8. §. 5. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 6. u. 14. C. de distract. pign. (VIII. 28.) l. 1. u. 2. C. debitorem vendit. pign. impedire non posse (VIII. 29.) Sind dem Gläubiger mehrere Sachen verpfändet, ſo hängt es von ſeiner Willkühr ab, welche von ihnen er verkaufen will. l. 8. D. de distract. pign. (XX. 5.) — Uebrigens erlangt bey dem mit der missio in possessionem verbundenen prätoriſchen Pfandrecht (§. 211. Note a) u. b)) der Immittirte nur aus beſondern Gründen die Veräußerungsbefugniß. l. 21. §. 2. in f. D. ex quib. caus. major. (IV. 6.) l. 7. §. 1. 2. u. 9—12. D. quib. ex caus. in possess. eat. (XLII. 4.) l. 5. D. de reb. auct. jud. possid. (XLII. 5.) l. 6. C. eod. (VII. 72.)

b) l. 16. §. 3. D. de pignor. (XX. 1.) l. 14. C. eod. (VIII. 14.) Doch iſt zur Ausübung des Veräußerungsrechts nicht gerade erforderlich, daß der Gläubiger ſelbſt ſich im Beſitz des zu veräußernden Pfandes befinde. l. 13. D. de distract. pign. (XX. 5.) l. 14. C. eod. (VIII. 28.) l. 12. D. de divers. temporal. praesc. (XLIV. 3.) Vgl. Sint. i. a. W. S. 518.

c) l. 3. §. 1. C. de jure domin. impetr. (VIII. 34.) l. 5. D. de pignorat. act. (XIII. 7.)

d) l. 4. u. 5. D. eod. l. 1. u. 2. C. debitor. vend. pign. imped. non poss. (VIII. 29.) Dieß fand ehedem auch bey der fiducia Statt. Paul. II. 13. §. 5.

e) l. 6. pr. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 15. §. 5. D. de re judic. (XLII. 1.)

f) Ueber die hierher gehörigen Stellen ſ. die Erinner. zum §. 206., und über die Folgen davon §. 216. Note b — e).

g) l. 12. pr. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) l. 66. pr. D. de evict. (XXI. 2.) (Vgl. auch Note b)). Eigenmächtig aber darf der Gläubiger nicht, auch wenn es ihm durch Vertrag erlaubt worden ſeyn ſollte, ſich den Beſitz der verpfändeten Sache verſchaffen, ſondern nur unter der Auctorität der Obrigkeit. l. 3. C. de pignor. (VIII. 14.) — Uebrigens ſteht der hypothekariſche Gläubiger von dem Zeitpunct an, wo er zufolge ſeines Pfandrechts den Beſitz der Hypothek erlangt hat, im Weſentlichen einem Fauſtpfandgläubiger gleich, arg. l. 11. §. 5. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 34. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) Vgl. Sint. i. a. W. S. 230. fgg.

h) l. 3. §. 23. u. l. 10. §. 1. D. de acquir. possess. (XLI. 2.) l. 3. §. 8. D. Uti possid. (XLIII. 17.) — Ueber eine Ausnahme von dieſer Regel ſ. l. 7. pr. l. 15. §. 16. 21. u. 23. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) — Auch erlangt der Immittirte Ausnahmsweiſe bisweilen das Recht, die Früchte aus den in ſeinen Beſitz gekommenen Sachen zu ziehen. l. 7. §. 19. D. quib. ex caus. in possess. eat. (XLII. 4.) l. 5. §. 16. u. 21. D. ut in possess. legat. (XXXVI. 4.)

i) l. 16. D. de usurpat. (XLI. 3.) Vgl. §. 136. Note y).

k) l. 8. pr. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 1. pr. D. de pignor. (XX. 1.)

l) l. un. C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse. (VIII. 27.) Ob das Retentionsrecht in dieſem Umfange blos dem Fauſtpfandgläubiger, oder jedem Gläubiger, welcher pfandrechtlich in den Beſitz des Pfandes gekommen iſt, zuſtehe? iſt beſtritten; doch ſcheint die letztere Meinung den allgemein gefaßten Worten der l. cit. angemeſſener. Vgl. Fritz Erläut. zu Wening-Ing. H. 2. S. 491. u. Sint. i. a. W. S. 243.

m) l. 5. §. 21. D. ut in possess. legat. (XXXVI. 4.) l. 1. 3. u. 12. C. de pignorat. act. (IV. 24.) l. 1. C. de distract. pign. (VIII. 28.) — Zu dieſem Behuf kann der Gläubiger auch die verpfändete Sache verpachten oder vermiethen, l. 23. pr. D. de pignor. (XX. 1.), auch ſelbſt an den Verpfänder oder Pfandſchuldner, l. 35. §. 1. u. l. 37. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 37. D. de acquir. possess. (XLI. 2.) vergl. mit l. 28. D. eod., dem er auch bittweiſe den Beſitz der Sache überlaſ-

sen kann. l. 28. D. cit. l. 6. §. 4. D. de precar. (XLIII. 26.) Auch bey der alten fiducia pflegte dieß vorzukommen. Gaj. II. §. 60.

n) l. 2. C. de pignorat. act. (IV. 24.) l. 2. C. de partu pign. (VIII. 25.) — Im ältern Recht wurde auch durch die Erwerbungen, die der Gläubiger durch den fiduciarius servus machte, das schuldige Capital vermindert. Paul. II. 13. §. 2. Davon kann aber im neuern Recht nicht mehr die Rede seyn, weil der Gläubiger nicht mehr temporärer Eigenthümer des Pfandes wird, und mithin auch durch den ihm verpfändeten Sclaven Nichts mehr erwerben kann. l. 37. pr. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) l. 1. §. 15. D. de acquir. possess. (XLI. 2.)

o) §. 6. I. de obligat., quae ex delict. nasc. (IV. 1.) l. 54. pr. D. de furt. (XLVII. 2.)

p) l. 11. §. 1. D. de pignor. (XX. 1.) „Si ἀντίχρησις facta sit, et in fundum aut in aedes aliquis inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando, aut ipse percipiendo habitandoque . . . .“ — Außerdem kommt dieß Wort auch für die verpfändete Sache selbst vor, deren Gebrauch und Benutzung dem Gläubiger eingeräumt ist. l. 33. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) Im ursprünglichen Sinne aber bezeichnet es die Gegennutzung überhaupt, und daher kann eine ἀντίχρησις nicht blos bey'm Pfandvertrage, sondern auch bey andern Verträgen vorkommen, z. B. l. 6. C. quod cum eo, qui in al. potest. est (IV. 26.) l. 14. C. de usur. (IV. 32.) Vgl. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 14. S. 105. fgg.

q) Z. B. l. 17. C. eod. l. 1. §. 3. u. l. 11. §. 1. D. de pignor. (XX. 1.)

r) Vgl. Cujac. Observ. VIII. 17. Viele sind jedoch and. Mein., namentlich auch Glück a. a. O. S. 116. fgg. u. Sint. i. a. W. S. 260.

s) l. 8. D. in quib. caus. pign. (XX. 2.) „Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratae ad modum legitimum usuras retinere.“ Unter den hier erwähnten Zinsen wollen Glück a. a. O. S. 56. und Sint. i. a. W. S. 234. Verzugszinsen verstanden wissen; allein diese finden ja bey'm Darlehn, als einem stricti juris contractus, nicht Statt. Vgl. auch Büchel in Richter's Krit. Jahrb. 1837. H. 2. S. 110.

§. 216.

Fortsetzung.

Bey der Afterverpfändung [a]) ist das Pfandrecht des Afterpfandgläubigers (secundus creditor, a. u.) durch das Pfandrecht

seines Verpfänders bedingt [b]). Daher reicht das Recht des Erstern an der Sache nicht weiter, als die beyderseitigen Forderungen, d. h. seine eigene und die des Afterverpfänders, sich decken [c]). Auch kann er nicht eher die Veräußerung des Afterpfandes gültig vornehmen, als bis beyde Forderungen bereits fällig sind [d]); und sein Recht an der Sache kann er nur durch eine utilis actio, oder, wenn er sich in ihrem Besitz befindet, durch eine utilis exceptio geltend machen [e]). — Ist ein emphyteutisches oder superficiarisches Grundstück verpfändet [f]), so kann es der Gläubiger, wenn er zur Veräußerung desselben schreitet, nur in dem Umfange, in welchem es ihm verpfändet ist, also nur im Umfange des emphyteutischen oder superficiarischen Rechts auf den Käufer übertragen [g]). — Was hiernächst die aus der Verpfändung unkörperlicher Sachen entspringenden Rechtsverhältnisse des Pfandgläubigers anlangt, so kann bey der pfandweisen Einräumung einer Servitut (sey es eine persönliche, oder eine serv. praed. *rustici*, §. 206. Note h u. i)) von Seiten des Eigenthümers der dienenden Sache [h]) der Pfandgläubiger, nach der Natur und dem Zweck des Pfandrechts, nicht selbst als Servitutberechtigter betrachtet werden, sondern hat vielmehr, es mag ihm die quasi possessio der Servitut eingeräumt worden seyn oder nicht, das Recht, im Fall der nicht zur gehörigen Zeit erfolgenden Bezahlung der Schuld, die Servitut mit der Wirkung zu veräußern, daß sie dem Rechte nach dem Käufer (welcher jedoch, wenn von einer Prädialservitut die Rede ist, ein benachbartes Grundstück besitzen muß,) erworben, und also als wirkliche Servitut erst in dessen Person begründet wird [i]). Daher erwirbt auch bey der pfandweisen Einräumung des ususfructus von Seiten des Eigenthümers der dienenden Sache der Pfandgläubiger an den nach der Verpfändung gezogenen Früchten nicht das Eigenthum, sondern nur wieder ein Pfandrecht mit der Befugniß, dieselben zum Zweck seiner Befriedigung zu veräußern [k]). Das Letztere gilt auch in dem Falle, wenn der Usufructuar seinen ususfructus verpfändet hat [l]); doch kann in diesem Falle der Gläubiger, wenn er nicht befriedigt wird, den verpfändeten ususfructus nur in so weit veräußern, als er vom verpfändenden

Usufructuar selbst veräußert werden kann, d. h. nicht dem Rechte, sondern nur der Ausübung nach[m]). — Ist eine außenstehende Forderung verpfändet (sog. pignus nominis[n])), so ist der Pfandgläubiger, wenn er nicht zu rechter Zeit befriedigt wird, berechtigt, entweder die ihm verpfändete Forderung zu verkaufen, in welchem Falle dann zur Geltendmachung derselben dem Käufer eine utilis actio zukommt[o]), oder auch den Schuldner seines Verpfänders in so weit, als seine eigene Forderung mit der ihm verpfändeten zusammentrifft, durch eine utilis actio auf Zahlung zu belangen[p]), vorausgesetzt, daß beyde Forderungen bereits fällig sind, und nicht etwa der Schuldner seinem Gläubiger, also dem Verpfänder, bereits Zahlung geleistet hat, noch ehe er durch den Pfandgläubiger von der geschehenen Verpfändung des Forderungsrechts in Kenntniß gesetzt worden war[q]). Hat nun in einem solchen Falle der Pfandgläubiger vom Schuldner seines Verpfänders Geld erhalten, so darf er dieß auf seine Forderung abrechnen, und also zu seiner Befriedigung behalten; ist ihm aber von selbigem eine körperliche Sache, welche dieser schuldig war, übergeben worden, so haftet ihm dieselbe nun wie ein Faustpfand (pignoris loco)[r]).

a) Hierüber vgl. Büchel's Civilr. Erört. Nr. III. (Ueber jura in re und deren Verpfändung,) S. 99—121. u. Sint. i. a. W. §. 23. nebst den das. angef. Schriftstellern. — Ueber die bestrittene Frage, ob mit der Afterverpfändung zugleich eine stillschweigende Verpfändung des dem Afterverpfänder zuständigen Forderungsrechts verbunden sey? s. die Erinner. zum §. 206. z. E.

b) l. 1. C. si pignus pignori datum sit (VIII. 24.)

c) l. 13. §. 2. D. de pignor. (XX. 1.) „Cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, *quatenus utraque pecunia debetur*, pignus secundo creditori tenetur . . . .“

d) arg. l. 4. D. de distract. pign. (XX. 5.) l. 1. C. si pignus pignori dat. sit (VIII. 24.)

e) l. 1. C. cit. l. 13. §. 2. D. de pignor. (XX. 1.)

f) Ueber die hierher gehörigen Stellen s. die Erinner. zum §. 206.

g) arg. l. 71. §. 6. D. de legat. I. (XXX.) u. l. 15. §. 26. D. de damn. inf. (XXXIX. 2.) Vgl. Büchel a. a. O. S. 121—126. u. Sint. i. a. W. S. 134. fgg.

h) Vgl. hierüber Büchel a. a. O. S. 74—95. u. Sint. i. a. W. §. 21.

i) l. 11. §. 2. u. l. 12. D. de pignor. (XX. 1.)

k) l. 15. pr. D. eod. l. 11. §. 3. D. qui potior. in pign. (XX. 4.)

l) S. die Stellen der vorigen Note.

m) S. §. 192. Note m) u. o). — Das Nämliche iſt analogiſch auch bey der von Seiten des Servitutberechtigten geſchehenen Verpfändung der habitatio und der operae servi und animalis (ſ. §. 206. Note h)) anzunehmen. Vgl. Büchel a. a. O. S. 96—99.

n) Ueber dieſes Pfandrecht und die vielen darauf bezüglichen Controverſen vgl. Sint. i. a. W. §. 22. nebſt den daſ. angef. Schriftſtellern.

o) l. 7. C. de hered. vel act. vend. (IV. 39.) — l. 15. §. 10. D. de re judic. (XLII. 1.)

p) l. 7. C. cit. l. 20. D. de pignor. (XX. 1.) l. 4. C. quae res pign. oblig. poss. (VIII. 17.)

q) l. 4. C. cit.

r) l. 18. pr. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 13. §. 2. in f. D. de pignor. (XX. 1.)

§. 217.

Vom Verkaufe des Pfandes insbeſondere.

Tit. D. de distractione pignorum et hypothecarum (XX. 5.)

Tit. C. de distractione pignorum (VIII. 28.)

Der Verkauf des Pfandes (distractio pignoris, a. u.) zur Befriedigung des Gläubigers kann entweder durch dieſen ſelbſt, oder unter obrigkeitlicher Auctorität geſchehen. Die letztere Art des Verkaufs iſt nur bey den ebenfalls unter obrigkeitlicher Auctorität dem Schuldner abgenommenen Pfändern erforderlich [a]), und kann ſchon zwey Monate nach der Auspfändung deſſelben erfolgen [b]). Der Pfandgläubiger ſelbſt aber darf den Verkauf des Pfandes, auch nachdem die Schuld fällig geworden und keine Zahlung erfolgt iſt [c]), doch in der Regel nicht eher vornehmen, als bis er zuvor ſeine Abſicht, das Pfand auf den Fall, daß es nicht eingelößt werden würde, zu verkaufen, dem Schuldner oder Verpfänder förmlich angezeigt hat [d]). Im ältern Recht mußte dieß ſogar dreymal geſchehen [e]); nach Ju-

ſtinian's Verordnung aber ſoll, in Ermangelung einer anderweiten Verabredung, eine einzige Anzeige dieſer Art (der auch ein richterliches Erkenntniß gleichſteht,) hinreichend ſeyn, jedoch von da an noch zwey Jahre lang mit dem wirklichen Verkauf des Pfandes gewartet werden [f]). Nur in dem Falle, wenn verabredet iſt, daß das Pfand nicht verkauft werden ſolle, iſt auch nach dem neuern Rechte noch eine dreymalige Anzeige des beabſichtigten Pfandverkaufs, und überdieß jene zweyjährige Wartezeit [g]), erforderlich [h]); während dagegen, wenn der Pfandverkauf ausdrücklich durch Vertrag dem Gläubiger geſtattet iſt, nach der wahrſcheinlichen Abſicht der Contrahenten anzunehmen ſteht, daß der Gläubiger ohne weitere Anzeige an den Verpfänder ſofort, nachdem die Schuld fällig geworden und keine Zahlung erfolgt iſt, zur Veräußerung des Pfandes ſchreiten dürfe [i]). Ueberhaupt aber muß der Gläubiger bey dem Pfandverkauf offen und redlich verfahren, und, gleich einem Bevollmächtigten, den Vortheil des Verpfänders oder Pfandſchuldners möglichſt wahrnehmen [k]); widrigenfalls er dem Entſchädigungsanſpruch des Letztern unterworfen iſt [l]), und ſich, wenn er bey der Pfandveräußerung gegen die vertragsmäßigen Beſtimmungen handelt, ſogar eines Diebſtahls ſchuldig macht [m]). Auch darf er, ohne Zuſtimmung des Verpfänders, das Pfand weder ſelbſt, noch durch eine Mittelsperſon für ſich kaufen [n]). Dem Käufer muß er den Beſitz des Pfandes übergeben, oder wenn er nicht ſelbſt in deſſen Beſitz ſich befindet, ſein Recht auf Erlangung deſſelben und die darauf abzweckende Klage abtreten [o]). Bleibt von dem erlößten Kaufgelde nach vollſtändiger Befriedigung des Gläubigers noch Etwas übrig, ſo muß er dieſen Ueberſchuß (superfluum oder hyperocha [p])) nebſt Zinſen dem Schuldner oder dem nachſtehenden Pfandgläubiger herausgeben [q]), wogegen aber auch umgekehrt der Schuldner dem Gläubiger, wenn dieſer durch den Kaufpreis noch nicht vollſtändig befriedigt wird, wegen des Reſtes noch immer verpflichtet bleibt [r]). Uebrigens tritt der Käufer des Pfandes mit dem Beſitzerwerb deſſelben in das nämliche Recht, welches bisher dem Verpfänder oder Pfandſchuldner daran zuſtand, mithin auch in deſſen bisheriges Eigenthumsrecht ein [s]), und es kommt dem

Letztern in der Regel auch kein Wiedereinlösungsrecht des vom Gläubiger rechtmäßig verkauften Pfandes zu [t]). Hat aber der Gläubiger unbefugter Weise das Pfand verkauft, z. B. vor der Verfallzeit der Schuld, oder nachdem ihm vollständige Zahlung angeboten worden war, so ist der Verkauf ungültig, und es kann daher der Pfandeigenthümer seine Sache bey jedem Besitzer vindiciren [u]). — Wenn nun aber gar kein, oder kein annehmlicher Käufer zum Pfande sich findet [v]), so kann, wenn dieß bey dem beabsichtigten öffentlichen Verkauf eines unter obrigkeitlicher Auctorität dem Schuldner abgenommenen Pfandes vorkommt, der Gläubiger nach freyer Wahl entweder auf das Pfand mit bieten und es erstehen [x]), oder sich in den Besitz des Pfandes von der Obrigkeit einweisen lassen [y]), oder bey'm Regenten die Zusprechung des Eigenthums am Pfande für den Betrag seiner Forderung mit der Wirkung, daß diese dadurch erlischt, auswirken [z]). Für andere Fälle dagegen, wo der Gläubiger, in Ermangelung eines Käufers, das Eigenthum am Pfande zu erlangen wünscht, war im ältern Recht eine öffentliche Feilbietung des Pfandes (proscriptio publica) erforderlich, und dann stand dem Schuldner oder Verpfänder noch ein Jahr lang das Wiedereinlösungsrecht zu [aa]). Doch kam diese Art der öffentlichen Feilbietung eines Pfandes allmählig außer Gebrauch, und wurde von Justinian ausdrücklich abgeschafft [bb]). Nach dessen Verordnung soll vielmehr in dergleichen Fällen an den Schuldner (und zwar, wenn er abwesend ist, durch den Richter unter Anberaumung einer bestimmten Frist,) eine nochmalige Aufforderung zur Einlösung des Pfandes erlassen werden, und wenn diese Maasregel fruchtlos bleibt, so kann der Gläubiger sich das Eigenthum am Pfande vom Regenten zusprechen lassen, doch so, daß, wenn der Werth des Pfandes nach der gerichtlichen Schätzung desselben mehr beträgt, als die Forderung, in Ansehung jenes Mehrbetrags der Schuldner sein Recht an der Sache behält, oder vom Gläubiger deßhalb abgefunden werden muß, im umgekehrten Falle aber auch dem Letztern sein Recht auf den Mehrbetrag der Forderung verbleibt, und in jedem Fall dem Schuldner oder Verpfänder noch zwey Jahre lang das Wiedereinlösungsrecht der Sache zukommt [cc]).

a) l. 1—3. C. si in caus. judic. pign. capt. sit (VIII. 23.)

b) l. 31. D. de re judic. (XLII. 1.)

c) l. 8. §. 3. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 4. D. h. t. l. 7. u. 8. C. h. t.

d) l. 4. C. h. t.

e) Paul. II. 5. §. 1. l. 10. C. de pignor. (VIII. 14.)

f) l. 3. §. 1. C. de jure dominii impetr. (VIII. 34.)

g) l. 3. §. 1. C. cit. Ob übrigens in einem ſolchen Falle die zur Veräußerung des Pfandes abzuwartende zweyjährige Friſt erſt von der dritten Anzeige an zu rechnen ſey, oder ſofort von der erſten, ſo daß die zweite und dritte Aufforderung an den Schuldner auch im Verlauf jener zweyjährigen Friſt erlaſſen werden könne? iſt geſetzlich nicht entſchieden, und daher unter unſern Juriſten beſtritten. Vgl. Zimmern in d. Zeitſch. für Civilr. u. Proz. B. 1. S. 51. fgg., Fritz Erläut. zu Wening-Ing. H. 2. S. 467. fgg., dem auch Sint. i. a. W. S. 510. fgg. beytritt.

h) l. 4. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) — Auch bey der alten Art der Verpfändung konnte der Gläubiger die fiducia, obſchon verabredet war, daß er ſie nicht veräußern dürfe, dennoch verkaufen, wenn er nur vorher ſeine dießfallſige Abſicht dreymal dem Schuldner förmlich angezeigt hatte. Paul. II. 13. §. 5. Da nun dieß vor jener Verordnung Juſtinian's (Note f)) auch in jedem andern Falle vor dem Verkauf des Pfandes von Seiten des Gläubigers beobachtet werden mußte (Note e)), ſo ergiebt ſich, daß der Vertrag, wonach der Gläubiger zur Veräußerung des Pfandes nicht berechtigt ſeyn ſollte, im Vorjuſtinianiſchen Rechte ganz wirkungslos war. Vgl. auch §. 215. Note d).

i) arg. §. 1. I. quib. alien. lic. (II. 8.) l. 1. §. 1. C. de jure dom. impetr. (VIII. 34.) — A. M. iſt Sint. i. a. W. S. 511. fgg. u. 539.

k) l. 4. u. 9. C. h. t. l. 29. in f. D. famil. ercisc. (X. 2.) l. 22. §. 4. D. de pignorat. act. (XIII. 7.)

l) l. 4. u. 7. C. h. t. Bisweilen kann der Verpfänder oder Pfandſchuldner auch auf Wiederaufhebung des Kaufes gegen den Käufer klagen, wenn dieſer nämlich abſichtlich vom Gläubiger begünſtigt wurde, oder auf irgend eine Weiſe an der Unredlichkeit deſſelben Theil nahm, und der Gläubiger inſolvent geworden iſt. l. 1. 3. u. 4. C. si vend. pign. agat. (VIII. 30.) Weiter noch geht Sint. i. a. W. S. 515.

m) l. 4. u. 5. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 73. D. de furt. (XLVII. 2.)

n) Paul. II. 13. §. 4. l. 10. C. h. t. (S. jedoch Note x)). Aber auch der Verpfänder oder Pfandſchuldner kann das Pfand, da es ſeine eigene Sache iſt, nicht vom Pfandgläubiger kaufen, ſondern es nur durch vollſtändige Befriedigung deſſelben einlöſen. l. 40. pr. D. de pignorat. act. (XIII. 7.)

o) l. 13. D. h. t.

p) l. 20. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) Vgl. Cujac. Observ. IV. 25.

q) l. 7. l. 24. §. 2. u. l. 42. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 12. §. 5. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) — Das Nämliche galt auch im ältern Recht bey der fiducia. Paul. II. 13. §. 1.

r) l. 9. D. h. t. l. 28. D. de reb. cred. (XII. 1.) l. 8. C. si cert. pet. (IV. 2.) l. 10. C. de obligat. et act. (IV. 10.) l. 3. u. 9. C. h. t. — Ueber die Frage, worauf der Gläubiger den nicht ausreichenden Erlös des Pfandes abzurechnen habe? ſ. l. 35. pr. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 73. u. l. 101. §. 1. D. de solut. (XLVI. 3.) Vgl. auch Sint. i. a. W. S. 520. fgg.

s) l. 46. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) l. 13. u. 18. C. h. t. — l. 14. §. 5. D. de divers. temp. praesc. (XLIV. 3.) — Ueber die bey dem Verkauf verpfändeter Servituten eintretenden Modificationen ſ. §. 216. Note i — m).

t) l. 2. C. si antiq. cred. (VIII. 20.) Ausnahmen von der Regel kommen vor in der l. 13. pr. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 7. pr. u. §. 1. D. h. t. l. 5. §. 1. u. l. 6. D. eod. Vgl. auch Sint. i. a. W. S. 523.

u) l. 5. u. 8. C. h. t. l. 2. C. si vend. pign. ag. (VIII. 30.)

v) Vgl. hierüber Fritz Erläut. zu Wening-Ing. H. 2. S. 479—490. u. Sint. i. a. W. §. 56.

x) l. 2. C. si in caus. jud. pign. (VIII. 23.)

y) l. 3. C. de execut. rei judic. (VII. 53.) Dieſe missio in possessionem hält Fritz a. a. O. S. 482. fgg., dem auch Sint. i. a. W. S. 533. beytritt, für identiſch mit der Zuſprechung des Eigenthums am Pfande von Seiten des Regenten, und für die urſprüngliche Form derſelben.

z) l. 15. §. 3. D. de re judic. (XLII. 1.) l. 3. C. si in caus. judic. pign. (VIII. 23.)

aa) l. 3. pr. C. de jure domin. impetr. (VIII. 34.)

bb) l. 3. pr. C. cit.

cc) l. 3. §. 2—6. C. cit.

§. 218.

Klagen aus dem Pfandrechte:

A) Petitorische.

Die aus dem Pfandrechte, als einem dinglichen Rechte, entspringenden Klagen [a]), und zwar die petitorischen (§. 122. Note n)), sind: die **Serviana** actio (b. a. u.) und die *quasi* **Serviana** oder *hypothecaria* actio (b. a. u.) [b]). Die Erstere [c]), benannt nach ihrem Urheber, einem Prätor **Servius** [d]), war ursprünglich blos dem Verpachter eines ländlichen Grundstücks wegen der ihm für den Pachtzins verpfändeten Sachen des Pachters gegeben; doch wurde diese Klage analogisch, unter dem Namen *quasi* **Serviana** [e]), auf die übrigen Fälle des Pfandrechts ausgedehnt, so daß sie jedem Pfandgläubiger zur Verfolgung seines Pfandrechts zukommt [f]); daher auch ihr allgemeiner und gewöhnlicher Name: *hypothecaria* actio, gleichviel, ob das ihr zum Grunde liegende Recht eine hypotheca oder ein pignus im engern Sinne ist [g]). Indessen wird sie auch in diesem erweiterten Umfange bisweilen **Serviana** schlechthin genannt, und zwar nicht blos bey der Hypothek, sondern auch bey'm Faustpfande [h]). Ferner heißt die dingliche Pfandklage auch *vindicatio pignoris* [i]), ingleichen *pignoris perseculio* (b. a. u.), oder *perseculio hypothecaria* [k]), so wie auch *pignoraticia in rem*, oder auch *pignoraticia* schlechthin, und zwar nicht blos bey'm Faustpfande, sondern auch bey der Hypothek [l]). Endlich kommt bisweilen auch eine *utilis pignoraticia*, oder *utilis* **Serviana** vor, nämlich für solche Fälle, wo aus Rücksichten der Billigkeit eine Pfandklage zugelassen wird, obgleich es an einem sonst zur Begründung derselben nöthigen Erfordernisse fehlt [m]). — Auf Seiten des Klägers wird bey der hypothekarischen Klage vorausgesetzt, daß er ein gültiges Pfandrecht habe, und jetzt nicht im Besitz des Pfandes sey [n]), gleichviel, ob er ihn noch niemals gehabt, oder wieder verloren hat [o]). Beklagter ist in der Regel jeder Besitzer des Pfandes, sey es der Verpfänder oder Pfandschuldner selbst, oder ein nachstehender Gläubiger, oder irgend ein Dritter [p]).

Gegen den bessern Pfandgläubiger aber oder den, welcher von ihm die Sache gekauft hat, kann von einem schlechtern Pfandgläubiger die hypothekarische Klage nicht angestellt werden [q]), und eben so wenig auch gegen einen Käufer von Erbschaftssachen, wenn sie von einem Erben, der ein Erbschafts-Inventarium in gehöriger Form errichtet hat, zur Bezahlung von Erbschaftsschulden, oder zur Entrichtung der ihm auferlegten Vermächtnisse verkauft worden sind [r]). Zu beweisen hat der Kläger bey der hypothekarischen Klage sowohl sein Forderungsrecht [s]) und die Thatsache der Verpfändung [t]), als auch den Umstand, daß der Beklagte sich im Besitz des Pfandes befinde, oder ihn in böser Absicht aufgegeben habe [u]), außerdem aber auch noch, wenn er gegen einen andern Pfandgläubiger klagt, sein besseres Recht [v]), und wenn er einen dritten Pfandbesitzer in Anspruch nimmt, das dem Verpfänder oder Pfandschuldner an der Sache zuständige Recht [x]), es wäre denn, daß von diesem selbst der dritte Besitzer die Sache erst nach der Verpfändung erhalten hätte [y]). Das Gesuch bey dieser Klage ist auf Anerkennung des Pfandrechts, und demgemäß auf Einräumung des Besitzes am Pfande gerichtet [z]); doch kann außerdem der Beklagte in dem Falle, wenn der Werth des Pfandes dem Betrage der Forderung nicht gleich kommt, auch zur Restitution der seit dem Anfang des Processes gezogenen Früchte, und selbst der früher gewonnenen, insofern diese bey ihm noch vorhanden sind, angehalten werden [aa]). Es ist indessen dem Beklagten, und zwar nicht blos dem Pfandschuldner selbst, (obgleich nur gegen diesen oder seine Erben mit der hypothekarischen Klage zugleich auch die auf Bezahlung der Schuld gerichtete, persönliche Klage verbunden werden kann [bb]),) sondern auch jedem dritten Pfandbesitzer freygestellt, die geforderte Herausgabe des Pfandes nebst Zubehör durch Bezahlung der Pfandschuld abzuwenden [cc]). Wenn nun aber der Beklagte dem richterlichen arbitrium, welches bey der hypothekarischen Klage, als einer arbitraria actio [dd]), eintritt (§. 109. z. E.), weder durch Herausgabe des Pfandes, noch durch anderweite Befriedigung des Klägers Genüge leistet, so erfolgt die Verurtheilung desselben auf eine bestimmte, nach dem Interesse des Klägers sich richtende

Geldsumme, welche zwar nicht in der Person des Schuldners selbst, wohl aber bey jedem dritten Pfandbesitzer auch den Betrag der Schuld nebst Zinsen übersteigen kann, da alsdann der Pfandgläubiger das, was er über den Belauf seiner Forderung erhalten hat, dem Verpfänder herausgeben muß[ee]). — Uebrigens stand es im Vorjustinianischen Rechte dem Pfandgläubiger frey, ob er zuerst den ihm persönlich Verpflichteten durch eine persönliche Klage, oder den dritten Pfandbesitzer durch die hypothekarische Klage in Anspruch nehmen wollte[ff]). Justinian aber führte zum Besten des Letztern die Rechtswohlthat der Vorausklage (sog. **beneficium excussionis personale**) ein, d. h. er verordnete, daß der Schuldner selbst, oder dessen Erbe oder Bürge früher zu belangen wäre, als ein dritter Pfandbesitzer[gg]). Aber auch in dem Falle, wenn einem Gläubiger wegen der nämlichen Forderung sowohl ein allgemeines, als ein besonderes Pfandrecht zusteht, kann der durch die hypothekarische Klage in Anspruch genommene Besitzer solcher Sachen, welche dem allgemeinen Pfandrechte unterworfen sind, in der Regel verlangen, daß der Gläubiger vorerst an die ihm speciell verpfändeten Sachen sich halten solle (sog. **beneficium excussionis reale**)[hh]). — Was endlich die Verjährung der hypothekarischen Klage betrifft, so erlischt sie, zufolge der Verordnung von Theodos d. J. über die Verjährung der Klagen überhaupt (§. 112. Note e) u. §. 115. Note m)) zwar gegen den dritten Pfandbesitzer (dafern nicht eine besondere gesetzliche Ausnahme die 40jährige Verjährung nöthig macht, §. 115. Note p, s u. v,)) in der gewöhnlichen Verjährungszeit der Klagen von 30. Jahren, vorausgesetzt, daß dem Besitzer nicht schon früher die zur Ausschließung von pfandrechtlichen Ansprüchen an der Sache geeignete **longi temporis praescriptio** zur Seite steht (§. 163. Note aa u. pp)). Gegen den Schuldner selbst oder dessen Erben aber war jene Klage auch nach dem erwähnten Gesetz von Theodos **II.** unverjährbar[ii]), bis sie in dieser Beziehung von Justin der 40jährigen Verjährung unterworfen wurde[kk]); wobey nun freylich das Sonderbare eintritt, daß die hypothekarische Klage noch 10. Jahre fortbestehen kann, nachdem die persönliche Klage gegen den Schuldner oder dessen

Erben bereits durch die gewöhnliche Verjährung von 30. Jahren erloſchen iſt[11]).

a) Von dieſen ſind zu unterſcheiden: theils die aus dem Pfandcontracte entſpringenden, auf Erfüllung der gegenſeitigen Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers und des Verpfänders gerichteten, perſönlichen Klagen, nämlich die **directa** und die **contraria pignoraticia actio**, und bey der alten Art der Verpfändung die **fiduciae actio**, (von denen im Obligationenrechte zu handeln iſt,) theils verſchiedene andere, ſowohl dingliche als perſönliche Klagen, welche zwar in den Fällen, wo ſie überhaupt Statt finden, auch dem Pfandgläubiger in Bezug auf die verpfändete Sache zukommen, aber doch nicht urſprünglich auf ihn berechnet ſind. Eine Aufzählung derſelben findet ſich bey Sint. i. a. W. §. 61.

b) Ueber dieſe Klagen vgl. Büchel's Civilrechtl. Erört. Nr. II. (Ueber die Natur des Pfandrechtes,) S. 104—152., u. Sint. i. a. W. §. 59.

c) Eine andere, von der hierher gehörigen ganz verſchiedene **Serviana actio** kommt bey **Gaj. IV. §. 35.** vor.

d) Daß dieſer nicht, wie man ſonſt faſt allgemein annahm, mit dem berühmten Juriſten zu Cicero's Zeit, **Servius Sulpicius**, identiſch ſey, ergiebt ſich daraus, daß der Letztere, als Prätor, nicht zum Rechtſprechen, ſondern zur Leitung der **quaestio peculatus** beſtimmt war. **Cic. pro Muren. c. 20.** Auch war, da ſchon **Cic. ad Famil. XIII. 56.** der Hypotheken gedenkt, der hier in Frage ſtehende **Servius** wahrſcheinlich älter. Vgl. **Thierbach Histor. jur. civ. de pignor. (Lips. 1814.) p. 22—27.**

e) **l. 13. §. 1. D. ad SC. Vellej. (XVI. 1.)** — In der **l. 1. C. de precar. (VIII. 9.)** wird dieſe Klage ſo umſchrieben: „**quae ad exemplum ejus** (nämlich **Servianae actionis**) **instituitur utilis . . . .**“ und in der **l. 1. C. comm. de leg. (VI. 43.)** wird ſie von Juſtinian ***utilis* Serviana** genannt, obgleich dieſer Ausdruck ſonſt ſich auf die ihrem innern, nicht aber dem äußern Umfange nach erweiterte **Serviana** bezieht. S. Note m).

f) Ueber die ehemalige formula dieſer Klage ſind die Meinungen verſchieden. S. Mühlenbruch in d. Ceſſion d. Forderungsrechte S. 13. fgg. u. in d. Allg. Lit. Zeit. v. 1835. Nr. 71. S. 566. Büchel a. a. O. S. 125—131. und Huſchke's Studien ꝛc. S. 377. Note 47).

g) **§. 7. I. de action. (IV. 6.)** „**Item Serviana et *quasi* Serviana, quae etiam *hypothecaria* vocatur, ex ipsius *Praetoris* jurisdictione substantiam capit. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur; *quasi* Serviana autem, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam, nihil interest . . . . .**“ **§. 31. I. eod.** Theophilus zu dieſen Stellen beſchränkt die **Serviana actio** auf

den Fall, wenn dem Verpachter eines ländlichen Grundstücks die vom Pachter in dasselbe inferirten Sachen ausdrücklich durch Vertrag für den Pachtzins verpfändet worden seyen. — Auch in manchen andern Stellen werden die Serviana und die hypothecaria actio einander gegenüber gestellt, z. B. l. 29. D. famil. ercisc. (X. 2.) l. 3. §. 3. D. ad exhib. (X. 4.) l. 4. §. 30. D. de doli mali except. (XLIV. 4.); am häufigsten aber findet sich der Name hypothecaria actio für die dingliche Pfandklage überhaupt, ohne von der Serviana unterschieden zu werden. Vgl. Büchel a. a. O. S. 110. Note 32). — Uebrigens bezeugt den prätorischen Ursprung dieser Klage auch l. 17. §. 2. D. de pact. (II. 14.) „De pignore *jure honorario* nascitur pacto actio ....“ Ueber eine abweichende Meinung von Löhr's s. §. 209. Note 1).

h) Z. B. l. 28. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 3. pr. l. 7. 10. 18. u. 21. §. 1. D. de pign. (XX. 1.) Mehrere andere Stellen s. bey Büchel a. a. O. S. 110. Note 33. u. 34).

i) Z. B. l. 16. §. 3. D. eod. l. 10. C. de pignor. act. (IV. 24.) — In der l. 16. D. de servitut. (VIII. 1.) wird sie als eine *utilis petitio* der verpfändeten Sache bezeichnet, weil sie nämlich der eigentlichen rei vindicatio in so fern nachgebildet ist, als sie, wie diese, auf Verfolgung der Sache selbst geht, obgleich beyde Klagen in ihren Voraussetzungen und Wirkungen ganz verschieden von einander sind.

k) l. 14. pr. l. 27. u. l. 29. §. 2. D. de pign. (XX. 1.) l. 44. §. 5. D. de usurpat. (XLI. 3.) l. 1. C. si antiquior cred. (VIII. 20.) Mehrere andere Stellen s. bey Büchel a. a. O. S. 106. Note 20.

l) l. 7. §. 12. D. comm. div. (X. 3.) l. 9. pr. D. quib. mod. pign. solv. (XX. 6.) l. 11. §. 10. u. l. 30. §. 1. D. de except. rei jud. (XLIV. 2.) — In der l. 3. §. 3. D. ad exhib. (X. 4.) „..... qui in rem acturus est qualicunque in rem actione, etiam *pignoraticia*(,) Serviana sive *hypothecaria*, quae creditoribus competunt,“ scheint *pignoraticia* als Gattungsbegriff, Serviana und *hypothecaria* aber als die beyden Arten desselben genommen zu seyn. Andere Ansichten hierüber s. bey Büchel a. a. O. S. 113. fgg.

m) l. 13. pr. D. cond. indeb. (XII. 6.) l. 41. D. de pignor. act. (XIII. 7.) l. 22. D. de pign. (XX. 1.) — l. 1. §. 2. D. eod. l. 1. pr. D. quib. mod. pign. solv. (XX. 6.) Vgl. Büchel a. a. O. S. 116. fgg. — In der l. 5. C. si alien. res pign. (VIII. 16.) werden einander entgegengesetzt: *ordinaria actio super pignore* und *utilis persecutio exemplo pignoraticiae.*

n) Denn befindet er sich im Besitz des Pfandes, so kann er sich durch eine exceptio gegen die wider ihn angestellte Klage schützen l. 12. pr. D. qui potior. in pign. (XX. 4.)

o) l. 28. pr. D. de pignor. act. (XIII. 7.) Auf Wiedererlangung des

verlornen Pfandbeſitzes kann die hypothek. Klage auch ſchon vor dem Eintritt des Zahlungstermins angeſtellt werden, was außerdem nicht zuläſſig iſt. l. 5. §. 1. D. quib. mod. pign. solv. (XX. 6.) Vgl. auch §. 205. Note i).

p) l. 16. §. 3. D. de pignor. (XX. 1.)

q) l. 12. pr. u. §. 7. D. qui potior. in pign. (XX. 4.)

r) l. 22. §. 5. u. 8. C. de jure deliber. (VI. 30.) Vgl. von Buchholtz in der Allg. Lit. Zeit. von 1836. (Decemb.) S. 450. fgg.

s) l. 10. C. de pignor. act. (IV. 24.) l. 1. C. si pignor. convent. numerat. pec. (VIII. 33.) Ueber dieſe Stelle ſ. Büchel a. a. O. S. 129. fgg.

t) l. 23. D. de probat. (XXII. 3.) Davon kann jedoch bey einer ſtillſchweigenden Hypothek natürlich nicht die Rede ſeyn.

u) l. 16. §. 3. D. de pignor. (XX. 1.)

v) l. 12. pr. u. l. 14. D. qui potior. in pign. (XX. 4.)

x) l. 23. D. de probat. (XXII. 3.) l. 3. pr. u. l. 15. §. 1. D. de pign. (XX. 1.) — l. 18. u. l. 21. §. 1. D. eod.

y) Näheres hierüber ſ. bey Sint. i. a. W. S. 564. fgg.

z) l. 16. §. 5. D. de pign. (XX. 1.) l. 66. pr. D. de evict. (XXI. 2.) „. . . . . in Serviana . . . . actione . . . .; haec enim, etsi in rem actio est, *nudam tamen possessionem avocat* . . . .“

aa) l. 1. §. 2. u. l. 16. §. 4. D. de pign. (XX. 1.) Vgl. auch §. 207. Note e).

bb) Nov. 4. c. 2.

cc) l. 16. §. 3. D. de pign. (XX. 1.) l. 2. u. l. 12. §. 1. D. quib. mod. pign. solv. (XX. 6.) l. 19. C. de usur. (IV. 32.)

dd) §. 31. I. de action. (IV. 6.)

ee) l. 16. §. 3. u. 6. u. l. 21. §. 3. D. de pign. (XX. 1.)

ff) l. 14. u. 24. C. eod. (VIII. 14.) l. 14. C. de obligat. et act. (IV. 10.) — Eine Modification dieſer Regel enthalten l. 47. pr. D. de jure fisc. (XLIX. 14.) u. l. 1. C. de conven. fisc. debit. (X. 2.)

gg) Nov. 4. c. 2. Nach demſelben Geſetz ſollen auch die Beſitzer der vom Schuldner ſelbſt herrührenden Pfänder eher belangt werden, als der Beſitzer eines vom Bürgen für den Hauptſchuldner beſtellten Pfandes. Vgl. übrigens Sint. i. a. W. S. 568. fgg.

hh) l. 2. C. de pignor. (VIII. 14.) l. 9. C. de distract. pign. (VIII. 28.) Vgl. auch §. 207. Note u). und von Schröter in d. Zeitſch. für Civilr. und Proz. B. 1. H. 2. S. 327. fgg.

ii) l. un. pr. Th. C. de act. cert. temp. fin. (IV. 14.) l. 3. J. C. de praescr. XXX. ann. (VII. 39.) „. . . . . Eodem etiam jure in ejus persona valente, qui pignus vel hypothecam *non a suo debitore*,

sed ab alio . . . . possidente nititur vindicare . . . . .“ l. 7. pr. C. eod. Den Grund hiervon unterſucht Büchel a. a. O. S. 146. fgg.

kk) l. 7. §. 1 C. eod. Gegen einen nachſtehenden Pfandgläubiger, der ſich im Beſitz des Pfandes befindet, erliſcht die hypothek. Klage des vorangehenden Pfandgläubigers, nach Verſchiedenheit der Fälle, bald in 30., bald erſt in 40. Jahren. l. 7. §. 2. C. eod.

ll) Verſchiedene Anſichten und Erklärungsverſuche hierüber ſ. bey Büchel in den Civil. Erört. B. 1. Nr. I. (Ueber die Wirkung der Klagenverjährung,) S. 40—61. Vgl. auch Sint. i. a. W. S. 578. fgg.

§. 219.

B) Poſſeſſoriſche.

Zu den poſſeſſoriſchen Rechtsmitteln des Pfandgläubigers gehören folgende: 1) Die gewöhnlichen retinendae und recuperandae possessionis interdicta (§. 143. u. 144.) zum Schutz oder zur Wiedererlangung des Pfandbeſitzes [a]), welche auch gegen den Verpfänder ſelbſt Statt finden [b]). 2) Das Salvianum interdictum (a. u.) [c]), welches nach ſeinem Urheber, einem Prätor Salvius [d]), benannt, und ein adipiscendae possessionis interdictum iſt [e]). Es kommt nach ausdrücklichen Quellenzeugniſſen nur dem Verpachter eines ländlichen Grundſtücks auf Erlangung des Beſitzes der ihm für den Pachtzins vertragsmäßig verpfändeten Sachen des Pachters zu [f]), aber nicht blos gegen den Pachter ſelbſt [g]), ſondern auch gegen jeden dritten Beſitzer jener Sachen [h]), und findet als utile interdictum auch auf Beſitzerlangung der erſt bey dem dritten Beſitzer von den verpfändeten Sachen abgeſonderten Erzeugniſſe Statt [i]).

a) l. 16. D. de usurpat. (XLI. 3.) Vgl. §. 215. Note g—l).

b) l. 6. §. 4. D. de precar. (XLIII. 26.)

c) Hierauf beziehen ſich: Tit. D. de Salviano interd. (XLIII. 33.) u. tit. C. de (precar. et) Salviano interd. (VIII. 9.) — Ueber verſchiedene, dieſes Interdict betreffende Streitfragen vgl. insbeſondere Thibaut im Arch. f. d. Civil. Prax. B. 11. Nr. 7., u. Sint. i. a. W. §. 60. nebſt andern daſ. S. 581. Note 1) angef. Schriftſtellern.

d) Das Nähere von dieſem **Salvius** iſt unbekannt. Die ſonſt gangbare Meinung, daß das in Frage ſtehende Interdict von dem berühmten Juriſten unter **Hadrian, Salvius Julianus**, herrühre, iſt ſchon von **Bynkershoek Observ. jur. Rom. I. 24.** genügend widerlegt worden. — Aus dem Umſtande, daß es unter den Interdicten im **edictum perpetuum** den Beſchluß machte, und den Namen von einem Prätor führte, ſchließt **Huſchke** in den Studien ꝛc. S. 341. Note 6., daß es unter den Interdicten Eines der letzten geweſen, und erſt nach dem Urſprunge des prätor. Rechts aufgekommen ſey.

e) **Gaj. IV. §. 147. §. 3. in f. I. de interd. (IV. 15.) l. 2. §. 3. D. eod. (XLIII. 1.)**

f) **Gaj. l. c. u. §. 3. I. cit. „. . . . . Interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, adipiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.“ — Theophil. IV. 15. §. 3. in f.** beſchränkt dieſes Interdict nur auf ſolche verpfändete Sachen, welche der Pachter in das erpachtete Grundſtück inferirt habe. — Daß aber dieſes Rechtsmittel analogiſch, unter dem Namen: **interd. *quasi* Salvianum**, auch jedem andern Pfandgläubiger auf Erlangung des Pfandbeſitzes zukomme, iſt eine zwar gewöhnliche, aber in unſern Quellen nicht begründete Annahme. Vgl. insbeſondere **Huſchke** a. a. O. S. 349—363.

g) Dieß nehmen zwar Viele an wegen der in der **l. 1. C. h. t.** (einem Reſcript **Gordian's**,) in Bezug auf das **interd. Salvianum** vorkommenden Worte: „**id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit;**“ allein dieſe Stelle würde, was zumal bey einem Reſcript ganz unwahrſcheinlich iſt, mit andern klaren Quellenzeugniſſen (ſ. insbeſondere Note h)) in offenbarem Widerſpruche ſtehen, wenn man nicht unter dem Ausdruck: ***conductorem debitoremve***, den **Schuldner aus einem Pachtverhältniſſe** verſtehen, und darin eine Hindeutung darauf, daß das **Salvianiſche** Interdict **keinem andern Pfandgläubiger, als dem Verpachter** (eines Landgrundſtücks) zukomme, finden wollte. Vgl. insbeſondere **Zimmern** in d. Zeitſch. f. Civilr. u. Proz. B. 1. H. 1. S. 54—56., und im Arch. f. d. Civil. Prax. B. 11. Nr. 15.

h) **l. 1. §. 1. D. h. t. „. . . . adversus *extraneum* Salviano interdicto recte experientur . . . .“ Theophil. IV. 15. §. 3. in f. „. . . . . *κατὰ παντὸς κατέχοντος τὰ τοῦ κολωνοῦ πράγματα κινηθήσεται τὸ Σαλβιάνειον ἐντέρδικτον.*“ (adversus quemlibet possidentem res coloni instituetur Salvianum interdictum.)** — Doch hält **Huſchke** a. a. O. S. 380. fgg. dieſes Interdict gegen einen dritten Beſitzer nur in ſo fern für zuläſſig, als derſelbe ein Nachfolger im Beſitz des Pachters ſey.

i) l. 1. pr. D. h. t. — Auch die im §. 1. u. 2. der l. c. vorkommenden Fälle hält Sint. i. a. W. S. 590. fgg. für ſolche, wo ein *utile* interd. Salvianum Statt finde; allein richtiger iſt unter der dort erwähnten *utilis actio* eine *utilis* Serviana zu verſtehen. Vgl. Cujac. Obs. V. 24. u. Huſchke a. a. O. S. 374. fgg.

Zuſatz. Auf das durch eine missio in bona zu erlangende, oder bereits erlangte prätoriſche Pfandrecht (§. 211. Nr. 1.) beziehen ſich eigenthümliche prätoriſche Rechtsmittel. Es kann nämlich Jeder, welcher von der Obrigkeit in den Beſitz eingewieſen iſt, auf den Fall, daß er von einem Andern argliſtig oder gewaltſam an der Ergreifung des Beſitzes gehindert, oder aus dem bereits ergriffenen Beſitze vertrieben wird, entweder das prohibitoriſche und reſtitutoriſche interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit, oder eine auf Leiſtung des Intereſſe gerichtete in factum actio anſtellen. l. 1. pr. — §. 5. l. 3. §. 2. l. 4. pr. u. §. 4. D. ne vis fiat ei, qui in possess. miss. erit (XLIII. 4.)

§. 220.

Von der Concurrenz mehrerer Pfandgläubiger, und der unter ihnen eintretenden Priorität:

A) Im Allgemeinen[a]).

Tit. D. qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt (XX. 4.)

Tit. C. qui potiores in pignore habeantur (VIII. 18.)

Wenn an derſelben Sache, oder an demſelben Vermögen eines Schuldners oder Verpfänders mehrere Pfandrechte verſchiedener Gläubiger zuſammentreffen[b]), ſo iſt die unter ihnen Statt findende Rangordnung oder ſog. Priorität von bedeutendem Einfluß. Denn dem vorangehenden oder beſſern Pfandgläubiger gebührt vorerſt ſeine volle Befriedigung aus dem Werthe des Pfandes, wenn auch für den nachſtehenden oder ſchlechtern Pfandgläubiger Nichts mehr übrig bleiben ſollte[c]), und es kommt ihm überhaupt die vollſtändige Ausübung der pfandrechtlichen Befugniſſe zu, auch gegen den nachſtehenden Gläubiger ſelbſt. Daher kann er ihm die verpfändete Sache abfor-

dern [d]), sie ohne deſſen Zuſtimmung veräußern [e]), und durch die Veräußerung derſelben ſogar das Pfandrecht des nachſtehenden Gläubigers vernichten [f]). Der Letztere dagegen kann, ſo lange der vorangehende Pfandgläubiger noch nicht befriedigt iſt, weder ſelbſt das Pfand gültiger Weiſe veräußern [g]), noch auch den Vorgänger zum Verkaufe zwingen [h]), wohl aber demſelben, wenn er das Pfand verkauft hat, den nach ſeiner vollſtändigen Befriedigung noch verbleibenden Ueberſchuß abfordern [i]). — Ueberhaupt gelten nun über die Reihefolge mehrerer, auf das nämliche Object bezüglicher Pfandrechte, oder die Rangordnung der dießfalls concurrirenden Pfandgläubiger folgende Regeln: 1) Das ältere Pfandrecht geht dem jüngern vor [k]), und hierin beſteht das *privilegium temporis* (a. u.) [l]). Doch iſt dieſe Regel nicht nur auf mehrere, in dem nämlichen Object zuſammentreffende, prätoriſche Pfandrechte, als welche ohne Rückſicht auf ihr Alter einander ganz gleich ſtehen [m]), nicht anwendbar, ſondern leidet auch ſonſt manche Ausnahmen [n]); wie ſie denn auch durch die beyden nachſtfolgenden Regeln modificirt wird. 2) Das mit einem beſondern Vorzugsrecht verſehene (privilegirte) Pfandrecht geht dem einfachen (nicht privilegirten) Pfandrechte, auch wenn dieſes früher oder gleichzeitig entſtanden ſeyn ſollte, vor. (§. 221.) 3) Nach einer Verordnung des Kaiſer Leo ſoll ein ſolches Pfandrecht, welches auf einem *instrumentum publice confectum*, d. h. einer unter der Auctorität einer obrigkeitlichen Behörde oder eines öffentlichen Notars (tabularius) ausgefertigten Urkunde [o]) beruht (ſog. pignus publicum), oder auf ein *instrumentum quasi publice confectum*, d. h. eine wenigſtens von drey unbeſcholtenen Männern unterſchriebene Urkunde ſich gründet (ſog. pignus quasi publicum), ohne Rückſicht auf das Alter der Entſtehung, demjenigen Pfandrechte vorgehen, welches nicht in einer derartigen Urkunde beſtellt worden iſt (ſog. pign. privatum) [p]). Dieſe Verordnung bezieht ſich indeſſen wohl nur auf das gegenſeitige Verhältniß der vertragsmäßigen, und zwar der einfachen Pfandrechte [q]). 4) Läßt ſich nach Keiner der bisher angegebenen Regeln die Rangordnung der concurrirenden Pfandrechte beſtimmen, ſo hat derjenige Pfandgläubiger den Vorzug, welcher ſich im Beſitz des

Pfandes befindet [r]), und wenn dieß bey Keinem der Fall, und auch ſonſt Alles gleich iſt, ſo iſt Jeder der mehrern Pfandgläubiger nach Verhältniß ſeiner Forderung aus dem Pfande, ſo weit deſſen Werth reicht, zu befriedigen [s]).

a) Vgl. de Buchholtz Comm. Qui potiores s. in pign. Regiom. 1829., von Löhr im Arch. f. d. Civil. Prax. B. 14. Nr. 7., und Sint. i. a. W. §. 63. 64. u. 66—68.

b) Dieß kann nicht blos dann vorkommen, wenn die mehrern Pfandgläubiger von der nämlichen Perſon, ſondern auch, wenn ſie von verſchiedenen Perſonen ihre Pfandrechte ableiten. Vgl. von Löhr a. a. O. S. 161 — 167., und Fritz Erläut. zu Wening-Ing. H. 2. S. 497. fgg.

c) l. 20. D. h. t. l. 15. §. 2. D. de pignor. (XX. 1.)

d) l. 12. pr. D. h. t.

e) l. 3. C. si antiquior. cred. (VIII. 20.)

f) l. 1. C. eod. l. 12. §. 7. D. h. t. l. 6. C. de obligat. et act. (IV. 10.)

g) l. 7. C. eod. l. 1. u. 5. pr. D. de distract. pign. (XX. 5.) l. 8. C. h. t. — Nicht entgegen ſteht l. 15. §. 5. D. de re judic. (XLII. 1.) — And. Mein. iſt Bopp in der Zeitſch. für Civilr. u. Proz. B. 3. Nr. 12. und im Arch. f. d. Civil. Prax. B. 15. Nr. 17. S. dagegen von Löhr ebendaſ. B. 14. S. 170—177. Fritz a. a. O. S. 532. fgg. und Sint. i. a. W. S. 653. fgg.

h) l. 6. pr. D. de pignorat. act. (XIII. 7.)

i) l. 12. §. 5. u. l. 20. D. h. t.

k) l. 2. l. 8. l. 11. pr. l. 12. pr. §. 2. u. 10. l. 14. D. h. t. l. 2. C. h. t. „. . . . . Nam quum de pignore utraque pars contendit, *praevalet jure, qui praevenit tempore.*“ l. 4. C. eod. „. . . . *sicut prior es tempore, ita potior es jure.*“ l. 6. 8. u. 12. §. 1. in f. C. eod.

l) l. 10. D. h. t. l. 12. §. 1. C. h. t.

m) l. 5. §. 3. u. 4. D. ut in possess. leg. (XXXVI. 4.)

n) Z. B. bey dem ſog. subpignus, indem hier der zweite Pfandgläubiger dem erſten, als ſeinem Verpfänder, unbedingt vorgeht. l. 13. §. 2. D. de pignor. (XX. 1.) l. 1. C. si pignus pignori dat. sit (VIII. 24.) — Eine andere Ausnahme enthält l. 14. D. in f. D. h. t.

o) Vgl. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 18. S. 286. fgg.

p) l. 11. C. h. t. „. . . . . Sin autem jus pignoris vel hypothecae

ex hujusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur; tunc enim quasi publice confecta accipiuntur."

q) Doch ſind hierüber die Meinungen ſehr verſchieden. Vgl. die bey Maſkelbey §. 322. Note b) angef. Schriftſteller, und Sint. i. a. W. §. 30.

r) l. 14. in f. D. h. t. l. 10. D. de pignor. (XX. 1.) Iſt jedoch eine Sache nach Theilen (pro partibus) mehrern Gläubigern verpfändet, ſo kann auch der beſitzende Gläubiger vom Andern hinſichtlich des dem Letztern verpfändeten Theils auf Abtretung des Beſitzes durch eine analoge hypothek. Klage belangt werden. l. 10. in f. D. cit.

s) arg. l. 16. §. 8. D. eod. — l. 20. §. 1. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) „Si pluribus res simul pignori detur, aequalis omnium causa est." — And. Mein. iſt Sint. i. a. W. S. 622.

Zuſatz. Ueber das Verhältniß des bey einem frühern Eigenthümer erworbenen Pfandrechts zu den bey ſpätern Eigenthümern an derſelben Sache erworbenen privilegirten Pfandrechten ſ. insbeſondere C. G. Wächter im Arch. f. d. Civil. Prax. B. 14. Nr. 15. u. Sint. i. a. W. S. 636 – 642.

§. 221.

B) Von den privilegirten Pfandgläubigern insbeſondere[a]).

Privilegirte oder bevorzugte Pfandgläubiger nennt man diejenigen, deren Pfandrechte vermöge einer beſondern Rechtsbegünſtigung andern, gleichzeitig entſtandenen oder ältern Pfandrechten vorgehen[b]). Eine ſolche Bevorzugung kommt nicht blos bey einigen ſtillſchweigenden, ſondern auch bey gewiſſen vertragsmäßigen Pfandrechten vor, ſo daß bey den Letztern zwar die Entſtehung des Pfandrechts einen Vertrag vorausſetzt, alsdann aber das Vorzugsrecht ſchon von ſelbſt mit ihnen verbunden iſt. Ueberhaupt gehören zu den privilegirten Pfandgläubigern, und zwar nach der chronologiſchen Ordnung, folgende: 1) Diejenigen Gläubiger, für deren

Geld die einem Andern verpfändete Sache dem Schuldner oder Verpfänder erworben, oder wieder hergestellt, oder in ihrem ursprünglichen Zustande erhalten worden ist, haben an eben dieser Sache in Ansehung der darauf verwendeten Summe nebst Zinsen ein Vorzugsrecht, vorausgesetzt, daß sie an derselben, dafern ihnen nicht schon eine stillschweigende Hypothek zusteht, (wie namentlich in den §. 212. unter Nr. 3. u. 4. angegebenen Fällen,) sich ausdrücklich, und zwar sofort bey der Entstehung ihrer dießfallsigen Forderung, ein Pfandrecht ausbedungen haben [c]). 2) Der Fiscus hat eine privilegirte Hypothek theils wegen der rückständigen Steuern und Abgaben (§. 213. Nr. 1.) [d]), theils wegen seiner Forderungen gegen einen primipilus (§. 213. Note e) [e]), theils auch überhaupt wegen seiner vertragsmäßigen Forderungen, jedoch nur an dem nach dem Vertragsabschluß erworbenen Vermögen seiner Contractsschuldner [f]). 3) Nach Justinian's Verordnungen kommt der Ehefrau wegen ihrer Dotalforderungen eine privilegirte Hypothek zu theils an den Dotalsachen selbst [g]), theils am gesammten Vermögen des Ehemannes [h]), und dieses Privilegium geht auch auf die Descendenten der Frau [i]), nicht aber auf andere Erben derselben über [k]). — Was nun das sehr bestrittene Rangverhältniß unter verschiedenen privilegirten Pfandgläubigern nach dem neusten Röm. Recht anlangt [l]), so möchte es wohl am richtigsten auf folgende Art zu bestimmen seyn: Den Vorrang vor allen übrigen Pfandgläubigern behauptet der Fiscus in Ansehung seiner privilegirten Hypotheken [m]). Sodann folgt derjenige, welcher zum Ankauf einer militia (§. 206. Note l)) Geld dargeliehen, und sich in einer von Zeugen unterschriebenen Urkunde ausdrücklich den Vorrang ausbedungen hat [n]); und einem solchen steht in Bezug auf andere Sachen ein argentarius gleich, wenn er zu deren Ankauf Geld vorgestreckt und sich in einem schriftlichen Contract eine Hypothek hat bestellen lassen [o]). Der nächstfolgende Platz gebührt der Ehefrau oder deren Descendenten hinsichtlich der Dotalhypothek [p]), und bey der Concurrenz mehrerer Dotalhypotheken entscheidet das Alter über den Vorzug [q]). Den letzten Platz endlich nehmen die übrigen privilegirten Pfandgläubiger ein,

deren Geld auf Anſchaffung, Wiederherſtellung oder Erhaltung einer Sache des Schuldners oder Verpfänders verwendet worden iſt[r]), und unter dieſen geht der ſpätere Gläubiger dem frühern vor, inſofern durch das ſpätere Creditiren die verpfändete Sache auch für den frühern Gläubiger erhalten wurde[s]).

a) Vgl. insbeſondere Zimmern in Deſſen und Neuſtetel's Römiſch-rechtl. Unterſuch. Nr. 11., Seuffert in d. Erört. einzelner Lehren des Röm. Privatr. Abth. 2. S. 118—137., Fritz in d. Erläut. zu Wening-Ing. H. 2. S. 503—517. u. Sint. i. a. W. §. 65. u. 67.

b) Von den privilegirten Pfandgläubigern in dieſem Sinne ſind alſo diejenigen zu unterſcheiden, welche wegen der Art der Pfandbeſtellung, weil dieſe nämlich in einem instrumentum *publice* oder *quasi publice* confectum erfolgt iſt, einen Vorzug genießen. §. 220. Nr. 3).

c) l. 3. §. 1. l. 5. u. 6. D. h. t. „Interdum posterior potior est priore, utputa si *in rem istam conservandam* impensum est, quod sequens credidit, veluti si navis fuit obligata, et *ad armandam eam rem vel reficiendam* ego credidero; — hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam . . . . . .“ l. 7. pr. u. l. 21. §. 1. D. eod. l. 7. C. h. t. „. . . . . eum, *cujus pecunia praedium comparatum probatur*, quod ei pignori esse specialiter obligatum statim convenit, omnibus anteferri juris auctoritate declaratur.“ l. 17. C. de pignor. (VIII. 14.) Nov. 97. c. 3. u. 4. Nov. 136. c. 3. — Ueber verſchiedene, auf dieſes Pfandprivilegium bezügliche Controverſen ſ. Zimmern a. a. O. S. 282—292., Seuffert a. a. O. S. 118—122., Fritz a. a. O. S. 509—514. u. Sint. i. a. W. S. 624—629.

d) l. 1. C. si propt. publ. pensitat. (IV. 46.) „. . . . . Potior est enim *causa tributorum*, quibus *priore loco* omnia bona cessantis obligata sunt.“ — Doch leugnet das dießfallſige Privilegium des Fiscus, nach Huber's Vorgang, Wächter im Arch. f. d. Civil. Prax. B. 14. S. 386. fgg., indem er die Worte der l. c. „*priore loco*“ von der Priorität der Zeit nach, nicht dem Rechte nach, alſo von dem Vorzug des in Frage ſtehenden Pfandrechts wegen der frühern Entſtehung deſſelben, nicht aber wegen eines Privilegiums, verſtanden wiſſen will. S. dagegen Sint. i. a. W. S. 630.

e) l. 3. C. de primipilo. (XII. 63.) „Utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus; et ideo *si constiterit fisco satisfactum esse ob causam primipili*, poteris obligatam tibi possessionem dotis titulo petere, ut satis doti fieri possit.“ — Doch wollen Manche dieſes fiscaliſche Privilegium nicht anerkennen, z. B. Glück in d. Erläut.

d. Pand. Th. 19. S. 73—78. u. Zimmern a. a. O. S. 300. fgg., denen auch Sint. i. a. W. S. 633. Note 4) beytritt.

f) l. 28. D. de jure fisc. (XLIX. 14.) „Si, qui mihi obligaverat, quae habet habiturusque esset, cum fisco contraxerit, sciendum est, *in re postea acquisita fiscum potiorem esse debere*, Papinianum respondisse; quod et constitutum est; *praevenit enim causam pignoris fiscus.*“ Verſchiedene Erklärungsverſuche dieſer ſehr beſtrittenen Stelle ſ. bey Glück a. a. O. S. 249—267., Zimmern a. a. O. S. 296. fgg., Seuffert a. a. O. S. 123. fgg., Fritz a. a. O. S. 503. fgg. u. Sint. i. a. W. S. 631. fgg. — Uebrigens ſteht der Annahme des fiscaliſchen Privilegiums, von dem hier die Rede iſt, weder l. 21. pr. D. h. t., noch l. 2. C. de privil. fisc. (VII. 73.) entgegen. Vgl. Glück a. a. O. S. 260. fgg. u. Seuffert a. a. O. S. 129. fgg.

g) l. 30. C. de jure dot. (V. 12.)

h) l. 12. §. 1. C. h. t. §. 29. in f. I. de action. (IV. 6.) Nov. 97. c. 2. Nov. 109. c. 1.

i) Manche beſchränken dieß nur auf den Fall, wenn Kinder aus einer frühern Ehe wegen der dos ihrer Mutter mit der Dotalforderung ihrer Stiefmutter in Colliſion kommen. S. dagegen Glück a. a. O. S. 273. fgg., Seuffert a. a. O. S. 131. fgg. u. Fritz a. a. O. S. 506. fgg.

k) l. 12. §. 1. C. h. t. u. Nov. 91. praef. u. c. 1.

l) Verſchiedene Anſichten hierüber ſ. z. B. bey Glück a. a. O. S. 340. fgg., Seuffert a. a. O. S. 135. fgg., Fritz a. a. O. S. 514. fgg. u. Sint. i. a. W. S. 645. fgg.

m) S. die in d. Noten d—f) angef. Stellen. — Vgl. auch Glück a. a. O. S. 341. fgg., Zimmern a. a. O. S. 304. u. Seuffert a. a. O. — Doch räumen Manche, z. B. die bey Glück a. a. O. S. 340. Genannten, desgl. von Buchholtz a. a. O. (ſ. §. 220. Note a)) p. 9. sqq. der Ehefrau den Vorrang vor dem Fiscus ein. — So viel iſt übrigens gewiß, daß der Frau (oder auch ihren Kindern) an den noch vorhandenen Dotalſachen ein Vindicationsrecht vor allen Gläubigern des Ehemannes zukommt. l. 30. C. de jure dot. (V. 12.) u. Nov. 91. c. 1.

n) Nov. 97. c. 4.

o) Nov. 136. c. 3.

p) l. 12. §. 1. C. h. t. u. Nov. 97. c. 3. u. c. 4. in f.

q) l. 12. §. 1. in f. C. h. t. u. Nov. 91. c. 1.

r) Nov. 97. c. 3. — Gegen die Meinung, daß dergleichen Pfandgläubiger der privilegirten Hypothek wegen der dos nur dann, wenn ſie jünger ſeyen, nachſtehen, im umgekehrten Falle aber ihr vorgehen ſollen, ſ. Glück

a. a. O. S. 342. fgg. u. Mühlenbruch im Lehrb. d. Pand. §. 323. Note 16).

s) arg. l. 5. u. 6. D. h. t. S. Note c).

§. 222.

Jus offerendae pecuniae [a]).

Außer den zum §. 220. angef. Quellentiteln gehört hierher auch: Tit. C. de his, qui in priorum creditorum locum succedunt (VIII. 19.)

Ein hier noch besonders zu erörterndes Recht der Pfandgläubiger ist das *jus offerendae pecuniae* od. *offer. pec. facultas* [b]) (bey den Neuern *jus offerendi* od. *jus offer. et succedendi*, Angebots- od. Auskaufs- od. Eintretungsrecht genannt), d. h. das Recht, vermöge dessen ein Pfandgläubiger in die Stelle eines andern Pfandgläubigers, oder auch eines solchen, auf welchen das Eigenthum des Pfandes bereits übergegangen ist, durch gehörig geschehenes Angebot der Abfindung desselben eintreten kann [c]). Zwar kann das Eintreten in die Stelle und das Recht eines Pfandgläubigers auch auf verschiedene andere Arten bewirkt werden [d]), z. B. dadurch, daß man von einem Pfandgläubiger sich dessen Recht abtreten läßt [e]), oder daß man die verpfändete Sache kauft, und mit dem Kaufgelde der Pfandgläubiger abgefunden wird [f]), oder daß man dem Schuldner Geld zur Abfindung eines Pfandgläubigers leihet und sich den Eintritt in dessen Stelle ausdrücklich bedingt, und nun auch jene Abfindung wirklich erfolgt [g]); allein diese Mittel stehen auch blos chirographarischen Gläubigern, ja jedwedem Dritten eben so gut, als den Pfandgläubigern, zu Gebote [h]), während dagegen das jus offerendae pecuniae nur den Letztern zukommt [i]), und an die Zustimmung des abzufindenden Interessenten eben so wenig, als an die des Schuldners, gebunden ist [k]). Es kann nun aber dieses Recht nicht blos gegen jeden Pfandgläubiger ohne Unterschied ausgeübt werden [l]), selbst dann, wenn er bereits das Eigenthum des Pfandes durch Kauf oder Annahme an Zahlungs-Statt erworben hat [m]), son-

dern auch gegen die Bürgen des Schuldners, denen in Folge der für selbigen geleisteten Zahlung das Pfand käuflich überlassen worden ist [n]), ja auch selbst gegen einen dritten Käufer des Pfandes, jedoch nur dann, wenn der Schuldner ohne Concurrenz des vorangehenden Pfandgläubigers das Pfand verkauft und das Kaufgeld zu dessen Befriedigung verwendet hat [o]), nicht aber auch in dem Falle, wenn der vorangehende Pfandgläubiger selbst das Pfand ordnungsmäßig verkauft hat [p]). Ueberhaupt zweckt das jus offerendae pecuniae auf Erhaltung und Befestigung des dem abfindenden Gläubiger schon zuständigen Pfandrechts ab [q]), und ist daher zwar hauptsächlich auf den Vortheil eines nachstehenden Gläubigers berechnet [r]), indem dieser dadurch z. B. das Recht erlangt, das Pfand gültiger Weise zu veräußern, oder umgekehrt eine vom vorangehenden Gläubiger beabsichtigte Veräußerung, die ihm nachtheilig seyn würde, abzuwenden [s]); doch kann allerdings auch ein vorangehender Pfandgläubiger, falls er es seinem Interesse angemessen findet [t]), gegen einen nachstehenden sich des jus offerendae pecuniae bedienen [u]). In jedem Falle aber muß der, welcher dieses Recht ausüben will, dem abzufindenden Interessenten das, was dieser vom Schuldner zu fordern, oder für die Erwerbung des Pfandes aufgewendet hat, vollständig, also Capital und Zinsen, bezahlen [v]), oder die angebotene Zahlung, falls sie der Abzufindende anzunehmen verweigert, gehörig deponiren [x]). Unter dieser Voraussetzung nun erfolgt der Eintritt des abfindenden Gläubigers in die Stelle des Abgefundenen von selbst, mithin ohne daß es dazu einer Cession bedarf [y]); doch rückt der nachfolgende Gläubiger, wenn er nicht seinen unmittelbaren Vormann, sondern einen entfernter stehenden Pfandgläubiger abgefunden hat, nur in Ansehung der diesem zur Abfindung gezahlten Summe, nicht aber auch in Ansehung seiner eigenen Forderung, in dessen Stelle ein, so daß dieß auf die Rechte der dazwischen stehenden Pfandgläubiger weiter keinen Einfluß hat [z]). Uebrigens erlischt das jus offerendae pecuniae in der nämlichen Zeit, in welcher die hypothekarische Klage verjährt [aa]).

a) Ueber die hierher gehörige Literatur ſ. Glück's Erläut. d. Pand. Th. 19. S. 352. Note 59) u. Mackeldey's Lehrb. §. 324. Note f). Vgl. auch Sint. i. a. W. S. 409—420.

b) l. 2. u. l. 3. pr. D. de distract. pign. (XX. 5.)

c) Außerdem brauchen die Neuern den Ausdruck: *jus offerendi*, auch für das Recht eines jeden Pfandbeſitzers, die hypothekariſche Klage des Pfandgläubigers oder die durch ſelbige geforderte Herausgabe des Pfandes durch Bezahlung der Pfandſchuld abzuwenden (§. 218. Note cc)). Vgl. Haubold de jure offerendi c. 1. §. 2. (in Deſſen Opusc. Vol. I. p. 571. seq.) u. Glück a. a. O. S. 353. Note 59). — Aber auch in unſern Quellen kommt bisweilen das Wort *offerre* für das auf Abfindung gerichtete Anerbieten einer Zahlung von Seiten eines Andern, als eines Pfandgläubigers, namentlich des Schuldners oder eines Pfandbeſitzers, vor, z. B. l. 6. D. de distract. pign. (XX. 5.) l. 2. C. de partu pign. (VIII. 25.) — l. 19. D. h. t. l. 2. u. l. 12. §. 1. D. quib. mod. pign. solv. (XX. 6.)

d) S. hierüber Glück a. a. O. S. 351. fgg. u. 368—381. u. Sint. i. a. W. S. 403—409. u. 421—434.

e) l. 6. D. de hered. vel act. vend. (XVIII. 4.) l. 8. C. eod. (IV. 39.) l. 19. D. h. t. l. 2. u. 14. C. de fidejuss. (VIII. 41.)

f) l. 17. D. h. t. l. 3. C. h. t. (VIII. 19.)

g) l. 1. C. eod. l. 3. D. quae res pign. obl. poss. (XX. 3.) l. 12. §. 8. D. h. t.

h) Vgl. die in den Not. e—g) angef. Stellen.

i) l. 10. C. h. t. (VIII. 18.)

k) l. 11. §. 4. D. h. t.

l) l. 16. D. h. t. (verb.: *Plane cum tertius....*) l. 10. C. h. t. (VIII. 18.) l. 2. C. h. t. (VIII. 19.) l. un. C. etiam ob chirograph. pec. (VIII. 27.)

m) l. 1. C. si antiq. cred. (VIII. 20.) l. 5. §. 1. D. de distract. pign. (XX. 5.)

n) l. 2. u. l. 5. §. 1. D. eod.

o) l. 3. §. 1. D. eod. l. 1. C. si antiq. cred. (VIII. 20.)

p) l. 1. C. cit. l. 3. pr. D. de distract. pign. (XX. 5.)

q) l. 22. C. de pign. (VIII. 14.) l. 1. u. 5. C. h. t. (VIII. 18.)

r) Vgl. z. B. die in der vorigen u. d. folgenden Note cit. Stellen, desgl. l. 12. §. 9. D. h. t. l. 4. C. h. t. (VIII. 19.)

s) l. 5. pr. D. de distract. pign. (XX. 5.) l. 8. C. h. t. (VIII. 18.) — l. 3. C. si antiq. cred. (VIII. 20.) — Ueber andere Vortheile, welche dieſes Recht dem nachfolgenden Gläubiger gewähren kann, ſ. Glück a. a. O. S. 366. fgg.

t) Fälle dieſer Art ſ. bey Glück a. a. O. S. 358. u. 376. Nr. 4. Vgl. auch Müller im Arch. f. d. Civ. Prax. B. 11. S. 391. — Einen neuen Vortheil des jus offerendae pec. für den vorangehenden Pfandgläubiger ſtellt Bopp in Roßhirt's Zeitſch. B. 1. H. 3. S. 379. fgg. auf; doch beruht er auf einer unrichtigen Vorausſetzung. S. §. 220. Note g).

u) Paul. II. 13. §. 8. „Novissimus creditor priorem oblata pecunia, quo possessio in eum transferatur, dimittere potest. *Sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quanquam ipse in pignore potior sit.*“ — Freylich haben Manche, in neuern Zeiten namentlich Zimmern und Linde, dem vorſtehenden Pfandgläubiger das jus offer. pec. gegen den nachſtehenden abgeſprochen; aber wohl mit Unrecht, da es nicht nur nach der angef. Stelle von Paulus, wenn man ſie ungezwungen erklärt, angenommen werden muß, ſondern auch in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern, obwohl es ihm hier nirgends ausdrücklich und beſtimmt zugeſprochen wird, doch einige darauf hindeutende Spuren ſich vorfinden, namentlich in d. l. 1. D. de distract. pign. (XX. 5.) (verb.: „ante secundum creditorem dimissum....“) u. l. 5. C. h. t. (VIII. 18.) — Eine neue Entſcheidung dieſer Streitfrage verſucht Fritz in d. Erläut. zu Wenzing-Ing. H. 2. S. 528. fgg. S. dagegen Sint. i. a. W. S. 413., welcher übrigens S. 414. fgg. Zimmern's und Linde's Meinung beytritt.

v) l. 2. u. l. 3. §. 1. D. de distract. pign. (XX. 5.) l. 5. C. h. t. (VIII. 18.) Doch braucht dem abzufindenden Gläubiger nur die Schuld, wofür das Pfand haftet, nicht aber auch, was er außerdem noch vom Schuldner zu fordern hat (chirographarium debitum), bezahlt zu werden. l. un. in f. C. etiam ob chirograph. pec. (VIII. 27.) Auch kommt in dem Falle, wenn der voranſtehende Pfandgläubiger an der nämlichen Sache noch ein ſpäteres Pfandrecht hat, bey der Abfindung deſſelben durch den in der Mitte ſtehenden Pfandgläubiger nur die erſte Pfandſchuld in Betracht. l. 20. D. h. t.

x) l. 1. C. h. t. (VIII. 18.) — l. 9. C. de solut. (VIII. 43.)

y) Vgl. Mühlenbruch's Lehre von der Ceſſion, S. 482. fgg.

z) l. 16. D. h. t. „..... Plane cum tertius creditor primum de sua pecunia demisit, *in locum ejus substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit* .....“

aa) l. 7. §. 3. C. de praescript. XXX. ann. (VII. 39.)

Viertes Capitel.

Von der Aufhebung des Pfandrechts.

Tit. D. quibus modis pignus vel hypotheca solvitur (XX. 6.) C. de remissione pignoris (VIII. 26.) u. de luitione pignoris (VIII. 31.)

§. 223.

Erlöschungsgründe des Pfandrechts:

A) Allgemeinere.

Aus allgemeinern, d. h. auch bey andern Rechtsverhältnissen vorkommenden (wenn schon bey'm Pfandrechte nach der Natur desselben sich modificirenden) Gründen erlischt das Pfandrecht: 1) Wenn die verpfändete Sache zu Grunde geht [a]), oder eine wesentliche Umwandelung, wodurch eine neue species hervorgebracht wird, erleidet [b]). 2) Wenn die der Pfandbestellung beygefügte Resolutiv-Bedingung eingetreten, oder die Zeit, auf welche das Pfandrecht eingeräumt war, abgelaufen ist [c]). 3) Wenn das blos temporäre oder auf widerrufliche Art erworbene Recht des Schuldners oder Verpfänders am Pfandgegenstande aufhört [d]); weßhalb auch das Afterpfand erlischt, sobald das Recht des ersten Pfandgläubigers wegfällt [e]). 4) Wenn das Eigenthum an der verpfändeten Sache und das bisherige Pfandrecht daran in der nämlichen Person zusammentreffen (confusio) [f]). Doch leidet diese Regel, deren Grund darin liegt, daß das Pfandrecht sich eigentlich nur auf eine fremde Sache beziehen kann (§. 204. Note c)), aus Billigkeitsrücksichten in manchen Fällen Ausnahmen, so daß alsdann ein Pfandrecht an einer eigenen Sache vorkommt [g]), und rücksichtlich der übrigen Pfandgläubiger an derselben Sache geltend gemacht werden kann [h]), wie namentlich, wenn Jemand eine Mehrern verpfändete Sache unter der Bedingung kauft, daß ein vorangehender Gläubiger mit dem Kaufgelde abgefunden werde, und diese Abfindung auch wirklich erfolgt [i]), oder wenn die Absicht des Pfandgläubigers bey'm Kaufe oder sonstigen Erwerbe des Pfandes nicht sowohl darauf gerichtet war, das Eigenthum daran zu erwerben, sondern vielmehr darauf, sein bisheriges Pfand-

recht ſich zu erhalten [k]). 5) Wenn der Pfandgläubiger auf ſein Pfandrecht verzichtet [l]). Dieß kann nicht blos ausdrücklich, ſondern auch ſtillſchweigends geſchehen [m]), oder in einer andern Willenserklärung des Pfandgläubigers enthalten ſeyn, z. B. wenn er in die anderweite Verpfändung der Sache einwilligt, es müßte denn aus den Umſtänden erhellen, daß er dadurch ſich blos der Priorität ſeines Pfandrechts habe begeben wollen [n]), oder wenn er ausdrücklich, ohne Vorbehalt ſeines Pfandrechts, die Erlaubniß zur Veräußerung des Pfandes ertheilt, dafern dieſe nur auch von dem, welcher die Erlaubniß dazu erhalten hat, oder ſeinen Erben wirklich auf die bewilligte oder dem Gläubiger nicht nachtheiligere Weiſe, und überhaupt rechtsgültig erfolgt, und nicht wieder rückgängig wird [o]). 6) Wenn die auf Verfolgung des Pfandrechts gerichtete Klage durch Verjährung erloſchen iſt (§. 218. Note ii—ll) vgl. mit §. 116. Nr. 4.), oder ſonſt der Pfandgläubiger ihren Gebrauch durch Verſäumniß oder Verſchuldung verwirkt hat [p]). 7) Wenn einem dritten Beſitzer des Pfandes die auch zur Ausſchließung des daran haftenden Pfandrechts geeignete longi temporis praescriptio zur Seite ſteht [q]). 8) Wenn die einem Andern verpfändete Sache von Seiten des fiscus oder des Regenten oder der Regentin veräußert worden iſt [r]).

a) l. 8. pr. D. h. t. Doch dauert, wenn ein verpfändetes Gebäude vernichtet worden iſt, das Pfandrecht noch am Grund und Boden fort, und lebt auch am Gebäude ſelbſt nach deſſen Wiederherſtellung wieder auf. l. 29. §. 2. u. l. 35. D. de pignor. (XX. 1.) l. 21. D. de pignorat. act. (XIII. 7.)

b) Vgl. §. 207. Note i). Doch kann bey einem Generalpfande die vom Schuldner ſelbſt vorgenommene Specification einer Sache das Pfandrecht daran nicht aufheben, weil einem ſolchen Pfandrechte die Sachen des Schuldners in jeder Form unterworfen ſind.

c) l. 6. pr. D. h. t. Vgl. auch §. 97. Note h).

d) l. 8. D. h. t. l. 4. §. 3. D. de in diem addict. (XVIII. 2.) l. ult. §. 3. C. comm. de leg. (VI. 43.) — l. 31. D. de pignor. (XX. 1.) l. 8. pr. D. h. t. — Näheres hierüber ſ. bey Fritz im Arch. f. d. Civil. Prax. B. 8. Nr. 11. u. in d. Erläut. zu Wening-Ing. H. 2. S. 266—273. u. bey Sint. i. a. W. S. 664—667.

e) l. 1. C. si pign. pignor. (VIII. 24.) l. 40. §. 2. D. de pignorat. act. (XIII. 7.)

f) l. 29. D. eod. l. 9. pr. D. h. t. l. 30. §. 1. in f. D. de except. rei jud. (XLIV. 2.) „. . . . . neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore . . . . .“

g) Dieß findet, außer den hierher zunächſt gehörigen Fällen, auch bey den im §. 212. Nr. 4. u. 5. angef. geſetzlichen Pfandrechten Statt.

h) Doch iſt dieß eine beſonders in den neuſten Zeiten vielfach beſprochene, und verſchieden beantwortete Streitfrage. Ueber die darauf bezügliche Literatur ſ. Mühlenbruch's Lehrb. d. Pand. §. 305. Note 11). — Abweichend von den bisherigen Anſichten iſt Sint. i. a. W. §. 17.

i) l. 17. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) l. 3. C. de his, qui in prior. credit. loc. succ. (VIII. 19.)

k) l. 6. D. de distract. pign. (XX. 5.) l. 12. §. 12. D. de captiv. (XLIX. 15.)

l) l. 9. §. 3. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 5. pr. u. l. 8. §. 1. D. h. t. l. 1. §. 1. D. de liber. leg. (XXXIV. 3.) l. 23. C. de pignor. (VIII. 14.) l. 2. in f. u. l. 4. C. h. t. (VIII. 26.) — Näheres hierüber ſ. bey Sint. i. a. W. §. 70. Nr. 5.

m) Z. B. l. 7. u. 9. C. eod. l. 14. D. h. t. — Vgl. übrigens Glück's Erläut. d. Pand. Th. 19. S. 420. Note 6) u. Vermehren im Arch. f. d. Civil. Prax. B. 13. S. 42—47.

n) l. 9. §. 1. u. l. 12. pr. D. h. t. — l. 12. §. 4. D. qui potior. in pign. (XX. 4) Vgl. Glück a. a. O. S. 429. fgg. A. M. iſt neuerlich wiederum Vermehren a. a. O. S. 33—36.

o) l. 158. D. de reg. jur. (L. 17.) l. 4. §. 1. u. 2. l. 8. §. 6. u. 11—18. l. 10. pr. D. h. t. l. 2. C. h. t. (VIII. 26.) — Uebrigens hat die erſt nach der Veräußerung des Pfandes erfolgte Genehmigung derſelben von Seiten des Pfandgläubigers gleiche Wirkung mit der vorher dazu ertheilten Erlaubniß. l. 4. §. 1. in f. D. h. t.

p) l. 27. pr. D. de noxal. act. (IX. 4.) „. . . . . nullum enim pignus est, cujus persecutio negatur . . . . .“ Einzelne Fälle dieſer Art kommen vor in d. l. 27. pr. D. cit. l. 15. §. 25. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) l. 6. u. 8. C. h. t. (VIII. 26.)

q) Vgl. §. 163. Note pp) u. l. 12. D. de divers. temp. praesc. (XLIV. 3.) l. 19. C. de evict. (VIII. 45.) l. 7. C. de obligat. et act. (IV. 10.) l. 8. pr. C. de praescript. XXX. ann. (VII. 39.) — Der Verpfänder oder Pfandſchuldner aber und deſſen Erben können niemals durch longi temporis praescriptio die Freyheit vom Pfande erwerben. l. 1. C. si advers. credit. (VII. 36.)

r) l. 2. u. 3. C. de quadrienn. praesc. (VII. 37.) §. 14. I. de usucap. (II. 6.) Vgl. auch §. 162. Note f).

Zuſatz 1. Da die pfandweiſe Einräumung einer servitus praedii rustici nur an einen ſolchen Gläubiger möglich iſt, welcher ein benachbartes Grundſtück beſitzt (§. 206. Note i)), gleichwohl nicht dieſem ſelbſt oder ſeinem Grundſtücke die Servitut dem Rechte nach erworben, ſondern erſt in der Perſon des Käufers als wirkliche Servitut begründet wird (§. 216

Note i)), so ist consequenter Weise anzunehmen, daß, wenn ein solcher Pfandgläubiger sein benachbartes Grundstück veräußert, ohne ein anderes unter gleichen örtlichen Verhältnissen zu erwerben, das dießfallsige Pfandrecht erlösche. Vgl. Sint. i. a. W. S. 125.

Zusatz 2. Durch den Mißbrauch des Pfandes von Seiten des Gläubigers erlischt das Pfandrecht in der Regel nicht, außer an einer verpfändeten Sclavin, wenn der Gläubiger sie zur Unzucht verleitet, oder zu andern unerlaubten Handlungen genöthigt hat. l. 24. §. 3. D. de pignorat. act. (XIII. 7.)

§. 224.

B) Besondere.

Nach seiner eigenthümlichen Natur, und zwar theils als accessorisches Recht (§. 204. Note h)), theils in Folge der dem Pfandgläubiger zuständigen Veräußerungsbefugniß des Pfandes (§. 215. Note a) u. d)), erlischt das Pfandrecht: 1) Sobald die Schuld, wofür das Pfand haftet, vollständig und in jeder Hinsicht, sey es durch Zahlung oder auf andere Art [a]), getilgt ist [b]). Der wirklich geleisteten Zahlung steht auch der Fall gleich, wenn blos der Gläubiger Schuld daran ist, daß die Zahlung unterbleibt [c]). Ist aber die Pfandschuld nur zum Theil getilgt, so bleibt das Pfandrecht, da es untheilbar ist (§. 204. Note p)), in seinem ganzen Umfange fortbestehen [d]). Eben so dauert es auch fort, wenn die Forderung, auf die es sich bezieht, zwar die Klagbarkeit verloren hat, aber doch noch die naturalis obligatio übrig geblieben ist [e]). Umgekehrt hat aber die Erlöschung des Pfandrechts an und für sich nicht auch den Wegfall des ihm zum Grunde liegenden Forderungsrechts zur Folge [f]). 2) Wenn der Pfandgläubiger, und zwar bey der Concurrenz mehrerer, der vorangehende das Pfand ordnungsmäßig veräußert, als in welchem Falle nicht blos sein eigenes Pfandrecht, sondern auch das der nachstehenden Gläubiger erlischt [g]). Dagegen tritt diese Wirkung weder bey der von den Letztern, noch auch bey der vom Schuldner oder Verpfänder ohne Zustimmung des Gläubigers unternommenen Veräußerung des Pfandes ein [h]).

a) Doch wird durch die Verjährung der persönlichen Klage gegen den Schuldner das Pfandrecht und die Pfandklage gegen denselben oder dessen Erben nicht aufgehoben. Vgl. §. 218. Note ii—ll). Aber auch in manchen andern Fällen bleibt das Pfandrecht nach der Erlöschung der Forderung, für

die es bestellt war, fortbestehen, so daß es alsdann mit der accessorischen Natur desselben nicht so streng genommen wird, z. B. l. 13. §. 4. D. de pignor. (XX. 1.) „Etiam si creditor judicatum debitorem fecerit (vgl. §. 121. Note u)), hypotheca manet obligata, *quia suas conditiones habet hypothecaria actio*, id est, *si soluta est pecunia aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet* . . . . .“ l. 8. C. eod. (VIII. 14.) l. 13. §. 1. D. ad SC. Vellej. (XVI. 1.) „De pignoribus prioris debitoris non est creditori nova actione opus, cum *quasi* Serviana, quae et *hypothecaria* vocatur, in his utilis sit, *quia verum est, convenisse de pignoribus, nec solutam esse pecuniam.*“ l. 38. §. 5. D. de solut. (XLVI. 3.) Ueber diese Stelle s. Sint. i. a. W. S. 661. fgg. — Ob indessen die von Büchel in d. Civilr. Erört. Nr. 1. (Ueber die Wirkung der Klagenverjährung) S. 49. fgg. aufgestellte Regel, daß das Pfandrecht oder die Pfandklage überall da fortbestehen müsse, „wo ohne Befriedigung des Gläubigers die Erlöschung der Forderung durch einen außer dem Willen des Gläubigers, also in rechtlicher Nothwendigkeit, liegenden Umstand herbeygeführt wurde,“ sich rechtfertigen lasse, möchte doch theils wegen der allgemein gefaßten l. 43. D. de solut. (XLVI. 3.) (s. die folgende Note) u. l. 6. pr. D. h. t. „Item liberatur pignus . . . *si qua ratione obligatio ejus finita est*,“ theils wegen des speciellen Falles in der l. 13. D. h. t. „. . . . . nam et si a judice, quamvis per injuriam, absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur,“ zu bezweifeln seyn.

b) l. 43. D. de solut. (XLVI. 3.) „In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, *hypothecae*, *pignora* . . . . .“ l. 5. §. 2. u. 3. u. l. 6. pr. D. h. t. „Item liberatur pignus, sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est . . . . .“ l. 13. D. eod. (S. die vorige Note.) l. 9. §. 3. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) „*Omnis* pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoraticia actio . . . . .“ l. 11. §. 1. 2. u. 5. D. eod. l. 10. C. eod. (IV. 24.) l. 4. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) l. 18. D. de novat. (XLVI. 2.) l. 19. C. de usur. (IV. 32.) l. 1. C. de distract. pign. (VIII. 28.) l. 3. C. h. t. (VIII. 31.) — Ueber den besondern Fall in der l. 28. D. de pignor. (XX. 1.) s. Sint. i. a. W. S. 407. fgg. — Wenn übrigens bey der Novation der Hauptschuld das Pfandrecht ausdrücklich vorbehalten wird, so dauert es ganz so, wie es bisher bestand, fort, l. 11. §. 1. D. de pignorat. act. l. 3. pr. u. l. 12. §. 5. D. qui potior. in pign., und wenn der Gläubiger gegen die Erlöschung seiner Forderung restituirt wird, so tritt auch das damit verbundene Pfandrecht wieder in Wirksamkeit. l. 10. §. 1. D. quod met. caus. (IV. 2.) l. 27. §. 2. u. l. 50. D. de minor. (IV. 4.)

c) l. 20. §. 2. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 11. §. 4. D. qui po-

tior. in pign. (XX. 4.) l. 6. §. 1. D. h. t. l. 19. C. de usur. (IV. 32.) l. 3. C. h. t. (VIII. 31.)

d) l. 9. §. 3. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) l. 85. §. 6. in f. D. de verb. oblig. (XLV. 1.) l. 2. C. debitor. vendit. pign. (VIII. 29.) l. 6. C. de distract. pign. (VIII. 28.) Daraus folgt auch, daß, wenn von mehrern Erben des Pfandſchuldners der Eine die Schuld nur zu ſeinem Theil bezahlt hat, er weder die Herausgabe des in ſeinem Beſitz befindlichen Pfandes an den Gläubiger verweigern, noch auch ſeinen Theil vom Pfande dem Letztern abfordern kann. l. 16. C. eod. l. 2. C. si unus ex plur. hered. (VIII. 32.) l. 1. C. h. t. (VIII. 31.)

e) l. 14. §. 1. D. de pignor. (XX. 1.) „Ex quibus casibus (od. causis) naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constat.“ — Auf Fälle dieſer Art läßt ſich wohl auch am füglichſten die beſtrittene l. 2. C. h. t. (VIII. 31.) „Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota,“ beziehen, obgleich ſie bey der Allgemeinheit ihrer Faſſung auch auf andere Fälle, z. B. den in der vorigen Note erwähnten, paßt. Ueber verſchiedene Erklärungen dieſer Stelle ſ. die bey Mackeldey §. 304. Note b) angef. Schriftſteller, denen noch beyzufügen ſind Büchel a. a. O. S. 40. fgg. u. S. 61. u. Sint. i. a. W. S. 51. fgg.

f) l. 3. D. de pact. (II. 14.) l. 1. in f. C. si advers. credit. (VII. 36.) l. 25. C. de pignor. (VIII. 14.)

g) l. 6. u. 7. C. de obligat. et act. (IV. 10.) l. 6. C. qui potior. in pign. (VIII. 18.) l. 1. C. si antiquior. cred. (VIII. 20.)

h) l. 1. u. 5. pr. D. de distract. pign. (XX. 5.) l. 8. C. qui potior. in pign. (VIII. 18.) — Vgl. §. 214. Note k).

Erinnerung. Zu den beſondern Erlöſchungsgründen des Pfandrechts rechnet man gewöhnlich auch den Fall, wenn ein Erbe, welcher die Erbſchaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat, Erbſchaftsſachen, woran Pfandrechte hafteten, zur Bezahlung von Erbſchaftsſchulden oder von Vermächtniſſen veräußere; allein in der l. 22. §. 5 — 8. C. de jure delib. (VI. 30.), worauf man ſich deßhalb bezieht, iſt ja ausdrücklich den Gläubigern, die an Erbſchaftsſachen ein Pfandrecht hatten, die hypothekariſche Klage ſowohl gegen die Vermächtnißnehmer, als auch gegen nachſtehende Gläubiger, welche ſich im Beſitz der vom Erben veräußerten Pfandobjecte befinden, geſtatter, und nur gegen den Erben ſelbſt und denjenigen, welcher von ihm dergleichen Sachen gekauft hat, verſagt. Vgl. auch Sint. i. a. W. S. 667. fgg. u. von Buchholtz in der Allg. Lit. Zeit. von 1836. (Decemb.) S. 450.

Guß und Druck von Friedrich Nies in Leipzig.

Berichtigungen und Zusätze.

S. 14. Z. 24. statt in integrum lies in integrum.
= 18. = 4. von unten ist nach „Doctrina Pandectarum“ noch beyzufügen: und eben so auch im deutsch bearbeiteten Lehrbuch des Pandekten-Rechts.
= 27. Note b) Z. 11. st. dychotomische l. dichotomische.
Ebenso auch S. 33. Z. 4.
S. 45. Z. 2. von unten st. **censuetudine** l. **consuetudine.**
= 69. = 16. st. Widerstreits l. Widerstreit.
= 87. Note h) Z. 3. ist nach „corpus“ noch hinzuzufügen: und in d. l. 20. D. de reb. dub. (XXXIV. 5.) findet sich der Ausdruck *certi homines*, im Gegensatz von collegium.
= 89. Note c) Z. 3. ist nach „Ausdruck“ noch hinzuzufügen: wenigstens in dem hierher gehörigen Sinne.
= 107. Zusatz 1. a. E. ist noch hinzuzufügen: Huschke in d. Zwei Abhandl. aus dem Gebiete der Alterthumswiss. und Rechtsgesch. S. 80. sucht den Unterschied zwischen jenen beyden Ausdrücken in der Verschiedenheit der Richtung, in welcher das Röm. Bürgerrecht aufgefaßt werde. Hiernach soll *civitas Romana* bedeuten: „das Bürgerrecht nach außen hin, d. h. das Recht, welches Jemand als Bürger des römischen (nicht eines fremden) Staatsverbandes genießt,“ *jus Quiritium* aber: „das Bürgerrecht im Innern, mit allen den Befugnissen, die den Einzelnen vom jus civile Romanum gewährt werden.“
= 120. in der letzten Z. st. (n. a. u.) l. (f. a. u.)
= 123. Z. 1. ist nach „anwendbar“ noch hinzuzufügen: Das Nämliche ist auch gegen die von Niebuhr in der Röm. Geschichte Th. 1. S. 642. Note 1280. gegebene Erklärung zu erinnern.
= 181. in der vorletzten und letzten Z. st. *consanquinei* l. *consanguinei.*
= 183. Note m) Z. 2. st. co4.gnatio l. cognatio.
= 191. Z. 22. st. Verhältnißen l. Verhältnissen.
= 193. Note q) Z. 6. st. I. l. l.
= 194. Zusatz 2. Z. 8. ist die Parenthese nicht nach, sondern vor dem s. anzufangen.
= 196. Z. 12. st. gewordenen l. Gewordenen.
= 203. Note l) st. l. 1. §. 14. C. l. l. 1. §. 14. D.
= 204. Note bb) z. E. st. civitatis l. universitatis.
= 211. Z. 4. von unten st. res communes omnium l. communia omnium.
Eben so auch S. 212. Z. 2.
S. 231. Z. 3. st. §. 59. Note d) l. §. 53. Note d).
= — Z. 11. st. Thephil. l. Theophil.
= 237. Z. 6. st. noh l. nach.
= 247. Z. 11. st. Willensmeinung l. Willenshandlung.
= 261. = 24. ist nach „unrechtmäßig ist“ noch hinzuzufügen: und gefahrdrohend.
Ebendas. statt (auch vis atrox genannt) l. (vis atrox, a. u.)
S. 262. Note f) a. E. ist noch hinzuzufügen: — Ueber den Begriff der atrox vis vgl. auch §. 144. Note l).
= 296. Z. 5. st. nothwenhig l. nothwendig.
= 305. = 2. u. 3. st. nach einer Constitution von Septim. Severus l. nach der durch eine Constitution von Septim. Severus bestätigten Annahme der Juristen.
= 306. Note e) a. E. ist noch hinzuzufügen: Vgl. übrigens §. 139. Note i).

S. 310. Note y) iſt noch hinzuzuſetzen: l. 3. §. 23. D. de acquir. possess. (XLI. 2.)
" 318. Z. 27. ſt. unveränderliche l. unvordenkliche.
" 321. Note p) a. E. iſt noch hinzuzufügen: Ueber den damit übereinſtimmenden Zweck der Klagenverjährung ſ. Nov. Th. C. 70. pr. u. §. 3., l. 7. pr. in f. J. C. de praescript. XXX. ann. (VII. 39.) u. Nov. 111. praef.
" 323. z. E. u. 324. z. A. iſt der letzte Satz in der Note b) von den Worten an: In einer andern Bedeutung ꝛc. zu ſtreichen.
" 325. Note m) a. E. iſt noch hinzuzuſetzen: Verſchiedene Meinungen hierüber ſ. bey Unterholzner in der Verjährungslehre §. 90.
" 325. iſt zu Anfange der Note r) zu ſetzen: Vgl. von Löhr im Arch. für d. Civil. Prax. B. 11. S. 413. fgg.
" 345. Note u) Z. 5. ſt. In Benennung l. In der Benennung.
" 347. Z. 15. iſt hinter „comparatae" ſtatt d) zu ſetzen: b).
" 380. Note o) Z. 3. ſt. unterworfen geweſenen l. noch nicht unterworfen geweſenen.
" 382. Z. 26. ſt. wenn der Beklagte wegen eines factiſchen Hinderniſſes ꝛc. l. Wenn der Gegner wegen eines in ſeiner Perſon vorhandenen factiſchen Hinderniſſes ꝛc.
" 384. Note n) Z. 2. ſt. qublicum l. publicum.
" — Note o) Z. 2. iſt nach dem Citat von Büchel noch hinzuzufügen: welcher jedoch die Regel, daß durch die Verjährung einer Klage das ganze ihr zum Grunde liegende Recht als erloſchen zu betrachten ſey, nur auf die Klagen aus Forderungsrechten und aus dem Pfandrechte, nicht aber auch auf andere dingliche Klagen bezogen wiſſen will. (Es iſt indeſſen in der dafür angef. l. 8. §. 1. C. de praescript. XXX. ann. [VII. 39.] nicht ſowohl von der Fortdauer des Eigenthumsrechts nach verjährter Eigenthumsklage, ſondern vielmehr von dem Wiederaufleben der durch Verjährung bereits ausgeſchloſſen geweſenen Klage aus dem Eigenthum oder Pfandrecht unter den dort angegebenen Umſtänden die Rede).
" 408. Z. 11. ſt. das übrige Intereſſe l. des übrigen Intereſſe.
" 415. Note h) a. E. ſt. Note 12) l. Note n).
" — Note i) Z. 9. u. 10. ſt. *hereditatem*Nam l. *hereditatem*. Nam.
" 443. Note q) ſt. l. 23. §. 2. l. l. 22. §. 2.
" 445. Z. 4. ſt. zweckmäßiger l. zweckmäßig.
" 450. Note m) iſt zuerſt zu citiren: l. 15. §. 1. D. qui satisd. cog. (II. 8.)
" 455. Note a) z. E. iſt noch hinzuzufügen: Eine neue Anſicht über *possessio civilis* entwickelt Burchardi im Arch. f. d. Civil. Prax. B. 20. Nr. 2.
" 490. a. E. des Zuſatzes iſt noch hinzuzufügen: S. jedoch l. 4. D. de usufr. (VII. 1.)
" 548. iſt vor Z. 12. zu ſetzen: p), u. vor Z. 13: q).
" 557. Note u) Z. 1. ſt. l. 43. l. l. 43. pr.
" 573. Note p) Z. 1. ſt. findet l. fand.
" 579. Z. 4. iſt nach „Pfandgläubiger" noch hinzuzufügen: oder auch von Seiten des Fiscus oder des Regenten oder der Regentin.
" — Note g) z. E. iſt noch beyzufügen: Vgl. auch §. 162. Note f).
" 593. Note g) a. E. iſt noch hinzuzuſetzen: — Ueber eine noch ältere Bedeutung des Ausdrucks *agri vectigales* (für ſteuerbares Land) ſ. Cic. in Verr. Lib. III. c. 6. u. von Savigny in d. Zeitſch. für geſchichtl. Rechtswiſſ. B. 6. H. 3. S. 349.
" 607. Z. 10. iſt nach „natürlichen" noch hinzuzufügen: oder geſetzlich beſtimmten.

S. 622. in der vorletzten Z. ist nach „servitus“ noch hinzuzufügen: oder das *jus pecoris ad aquam appellendi.*

„ 626. Note ee) a. E. ist noch zu citiren: l. 1. §. 18. D. de aqua quotid. (XLIII. 20.)

„ 643. in der Ueberschrift des §. 195. l. **Habitatio.**

„ 676. in d. vorletzten Z. ist nach den Worten „zur Sprache kommen“ noch hinzuzufügen: Vgl. §. 223. Note g—k).

„ 677. Note h) z. E. ist noch hinzuzusetzen: S. §. 224. Note a).

„ 680. Z. 23. st. Bedinngung l. Bedingung.

„ 691. „ 24. st. §. 20. l. §. 208.

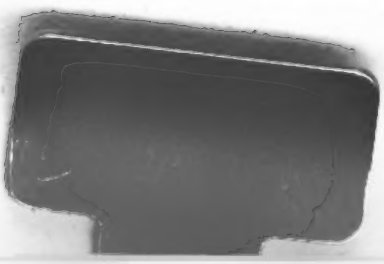
„ 692. „ 2. ist nach „capio c)“ ein Comma zu setzen.

„ 705. „ 22. ist den Worten „ob. *invecta*“ vorauszuschicken: ob. *invecta importata.*

„ 706. Note b) Z. 1. ist zuletzt noch zu citiren: l. 14. D. quib. mod. pign. solv. (XX. 6.)

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MÜNCHEN

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google